

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 07

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROF. DR. JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

PROFA. DRA. MARÍA CRISTINA ESCRIBANO GÁMIR

**Direito Mercantil**

**Direito Civil**

**Direito do Consumidor**

**Novas Tecnologias**

**Aplicadas ao Direito**

# III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

# 07

Madrid/Espanha  
2015

**ORGANIZADORES**

**PROF. DR. JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA**

**PROFA. DRA. MARÍA CRISTINA ESCRIBANO GÁMIR**

**Direito Mercantil**

**Direito Civil**

**Direito do Consumidor**

**Novas Tecnologias**

**Aplicadas ao Direito**



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### DIRETORIA – CONPEDI

**Presidente:** Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul:** Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

**Vice-presidente Sudeste:** Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste:** Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro:** Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo:** Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto:** Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

**Representante Discente:** Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

#### SECRETARIAS

**Diretor de Informática:** Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação:** Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais:** Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional:** Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica:** Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos:** Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional:** Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid  
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: José Renato Gaziero Cella, María Cristina Escribano Gámir. – Madrid :  
Ediciones Laborum, 2015.

V. 7

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito mercantil. 3. Direito civil. 4. Direito do Consumidor. 5. Novas tecnologias I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

---

## APRESENTAÇÃO

---

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

**Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera**

*Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.*

**Dra. Cristina Amunategui Rodríguez**

*Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.*

**Dra. Carmen Otero García Castrillón**

*Vicedecana de Posgrado y Títulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.*

**Dra. Rosario Cristóbal Roncero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

**Dra. Francisca Moreno Romero**

*Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

**Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz**

*Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.*

**Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel**

*Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.*

*Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.*

**Dr. Rafael Catalá**

*Ministro da Justiça da Espanha.*

**Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón**

*Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.*

**Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa**

*Professor Adjunto Direito Tributario.*

*Presidente do CONPEDI.*

**Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM  
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

**Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza**

*Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.*

**Profa . Dra. Clerilei A. Bier**

*Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.*

**Prof. Dr. Orides Mezzaroba**

*Secretário Executivo do CONPEDI.*

# SUMÁRIO

---

“Canvas” e o Modelo Jurídico de Negócios <i>Frederico de Andrade Gabrich</i> .....	7
A Contribuição Iberobrasileira para o Aperfeiçoamento da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada <i>Adalberto Simão Filho</i> .....	33
A Pessoa no seu Aspecto Essencial e Funcional ou Sujeito de Direitos? <i>Carla Eugenia Caldas Barros e Constança Marcondes Cesar</i> .....	55
A Sociedade: Tendências de Consumo e a Ética Empresarial <i>Adriano Fábio Cordeiro da Silva e Antônio Carlos Efig</i> .....	76
As Técnicas de Reprodução Humana Assistida e a Problemática da Responsabilidade Civil dos Pais <i>Carlos Alexandre Moraes e Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi</i> .....	94
Aspectos da Regulação de Saneamento no Brasil <i>Jose Carlos Buzanello</i> .....	122
Catividade Marcária como Fundamento da Responsabilidade Civil por Risco em Prol dos Consumidores <i>Fernando Antônio de Vasconcelos e André Luiz Cavalcanti Cabral</i> .....	143
Conhecimento Tradicional: Tensões e Perspectivas <i>Nilton Cesar da Silva Flores e Veronica Lagassi</i> .....	167

# “CANVAS” E O MODELO JURÍDICO DE NEGÓCIOS

---

FREDERICO DE ANDRADE GABRICH

Doutor, Mestre e Especialista em Direito Empresarial/Comercial pela UFMG. Professor Adjunto da Universidade FUMEC – BH – MG. *Designer* de ideias.

## Resumo

Não existe ideia, negócio ou empresa, de controle privado ou público, que não exija uma adequada estratégia jurídica para ser implementada com a máxima eficiência possível. Por isso, não há como efetivamente conhecer os ramos do Direito que se relacionam diretamente com a organização empresarial, sem a análise da lógica de planejamento e de execução das ideias geralmente utilizada pelas empresas. Mais do que isso, é fundamental a combinação entre a modelação e o planejamento empresarial, com o adequado e correspondente planejamento jurídico estratégico dos objetivos empresariais. Dai a necessidade e a importância do desenvolvimento de um Modelo Jurídico de Negócios que possa ser usado de forma combinada com o Quadro Modelo de Negócios ou *Canvas*.

## Palavras-chave

Análise Estratégica do Direito; Modelo de Negócios; Canvas; Modelo Jurídico de Negócios.

## Abstract

There is no idea, business or company, private or public control, which does not require an appropriate legal strategy to be implemented as efficiently as possible. Therefore, there is no way actually know the areas of law that are directly related to the business organization, without analysis of the planning logic and implementation of ideas generally used by companies. More than that, the combination of modeling and business planning is essential, with appropriate legal and related strategic planning of business objectives. So it's the need and the importance of developing a Legal Business Model that can be used in combination with Canvas.

## Key words

Strategic Analysis of Law; Business Model; Canvas; Legal Business Model.



## 1. Introdução

A lógica de organização dos bens de produção dentro de uma empresa é global e também globalizante. Nos dias atuais, a maioria absoluta dos negócios e das empresas espalhadas pelo planeta organizam-se de maneira muito parecida, com a estruturação estratégica do capital e do trabalho.

É importante observar, contudo, que a maioria absoluta dos negócios (em todo o mundo) começa com uma ideia, formulada ou construída por uma ou por várias pessoas.

Ocorre que, em muitos casos, as pessoas que formulam a ideia não possuem todos os demais elementos necessários à sua implementação eficaz, tais como, dentre outros, o tempo, as pessoas, a tecnologia, o dinheiro etc.

É exatamente a conjunção de todos esses diversos fatores que permite não apenas a concretização dos negócios, mas, também, a realização da atividade empresarial global.

A organização dos elementos da empresa pressupõe a determinação de objetivos e a elaboração de um ou de vários modelos de negócios, seguidos de uma estratégia, de um plano completo de negócios, e de um número também significativo de planos de ação. Após a formulação da ideia, a elaboração de um modelo de negócios exige, basicamente, estabelecer ordem para a execução da ideia, com a identificação do(s) segmento(s) de clientes que se pretende atender, a construção da proposta de valor que será entregue aos clientes determinados, bem como os modos e os canais de relacionamento com a clientela, as fontes de receitas, as atividades essenciais, os recursos fundamentais, as principais parcerias possíveis e a estrutura de custos.

Contudo, não basta apenas o macroplanejamento do negócio, mas a sua mais eficiente realização, que implica o menor custo possível de desgaste psicológico, de tempo e de dinheiro. E isso pressupõe a conjunção de ideia, modelo de negócios, planejamento estratégico, plano de negócios e de planos de ação, estruturados na esfera organizacional, financeira, comercial, mercadológica e, também, jurídica.

Não existe ideia, negócio ou empresa, de controle privado ou público, em qualquer país ou continente, que não exija uma adequada estratégia jurídica para ser implementada(o) com a máxima eficiência possível. Por isso, não há como efetivamente conhecer os ramos do Direito que se relacionam diretamente com a organização empresarial (com destaque para o Direito Empresarial, o Direito Civil – obrigações e contratos, o Direito Tributário e o Direito do Trabalho), sem a análise da lógica de planejamento e de execução das ideias geralmente utilizada pelas empresas. Mais do que isso, é fundamental a combinação entre a modelação e o planejamento empresarial, com o adequado e correspondente planejamento jurídico estratégico dos objetivos empresariais. Dai a necessidade e a importância do desenvolvimento de um Modelo Jurídico de Negócios que possa ser

usado de forma combinada com o Quadro Modelo de Negócios ou *Canvas*, pois o Direito Empresarial ou Mercantil não pode ficar alheio à lógica atual de organização e de gestão da empresa contemporânea.

## 2. Ideia, Modelo de Negócios, Planejamento Estratégico, Plano de Negócios

Como foi mencionado no introito, a maioria absoluta dos negócios começa com uma ideia, formulada ou construída subjetivamente por uma ou por várias pessoas. A ideia pode ser original, inovadora e determinar o início da vida ou do ciclo de um novo produto, de um novo serviço, em um novo mercado, ou apenas ser desenvolvida para aprimorar aquilo que já existe. Mas, em qualquer caso, de forma expressa ou implícita, a ideia somente se transforma em um produto ou serviço para ser oferecido em um determinado mercado, de forma sustentável e perene, após a elaboração de um modelo de negócios que, por sua vez, deve estar conectado com uma lógica maior de planejamento e de gestão estratégica da organização empresarial. Tudo isso reunido é que forma um plano de negócios, em suas diversas etapas.

De fato, em um ambiente de negócios extremamente competitivo, como o que se estabeleceu a partir da segunda metade do Século XX, as organizações passaram a orientar as suas ações cada vez mais para obterem vantagens competitivas capazes de lhes garantir a sobrevivência e a prevalência nos mercados de produtos e de serviços nos quais elas atuam.

Estabeleceu-se, assim, primeiro nas empresas, um processo de administração estratégica composto por um conjunto de compromissos, decisões e ações necessárias para que elas obtenham vantagem competitiva e retornos maiores e acima da média (HITT, IRELAND, HOSKISSON, 2011, p. 6). Essa realidade empresarial, com o tempo, em alguns casos de maneira evidente e em outros de forma subliminar, também passou a ser observada na organização administrativa do Estado, que muitas vezes convive com realidades tipicamente empresariais, com o excesso de demanda por serviços (públicos) de qualidade, em um ambiente de escassez de recursos (tecnológicos, humanos, financeiros). Daí a imperiosa necessidade de também o Estado, em sua atuação direta e indireta, obter retornos acima da média (não necessariamente medidos pelo viés exclusivamente financeiro), o que pode ser viabilizado por meio de um processo de planejamento e de administração estratégica.

Com a realidade inexorável da globalização, da interdependência de todos os agentes econômicos (públicos e privados) e dos mercados mundiais, estabelece-se, no âmbito das organizações, a lógica darwinista que impõe a sobrevivência dos mais fortes, dos mais organizados, dos mais eficientes (LOBATO *et al*, 2005, P. 33). E isso é mais evidente nas organizações que planejam e que executam todas as suas ações por meio de uma gestão estratégica competitiva, com enfoque mais integrado, menos centralizado e mais sistêmico

das funções administrativas. Basicamente, a gestão estratégica competitiva das organizações contemporâneas pressupõe a definição das diretrizes ou premissas estratégicas (valores, visão, missão), a análise dos ambientes externo (oportunidades e ameaças) e interno (forças e fraquezas), a análise da concorrência (rivalidade entre as empresas existentes), bem como dos produtos/serviços substitutos, do poder de negociação dos fornecedores e dos compradores, além da análise da ameaça de potenciais entrantes no mercado (PORTER, 1986, p. 23), sendo tudo combinado com a aplicação das principais ferramentas estratégicas, o que implica a formulação de objetivos, a definição de metas, a identificação de indicadores de desempenho, a formulação, a implementação e o monitoramento dos planos de ação. Tudo inserido em uma lógica sistêmica que considere os interesses dos *stakeholders*, as especificidades de cada unidade de negócio, os fatores críticos de sucesso.

Contudo, antes mesmo de se estabelecer formal e explicitamente um plano de negócios integrado e total, é preciso o desenvolvimento e a organização de um modelo de negócios, seguido de planejamento e de gestão estratégica das ações empresariais que permitam, de forma integrada, a plena realização da ideia e a sua efetiva transformação em um produto e/ou serviço que seja valorizado em um determinado mercado e em um dado momento. Nesse sentido, a estruturação teórica do modelo de negócios é o passo seguinte à formulação da ideia inicial (preferencialmente inovadora) que deverá ser transformada em um produto e/ou em um serviço. De fato, entender e definir o modelo de negócios é absolutamente fundamental para se estabelecer, na sequência, a estratégia empresarial e o plano de negócios que será implementado no desenvolvimento efetivo e mais eficiente possível da atividade econômica (privada ou pública).

De fato, o Plano de Negócios é um documento normalmente usado para descrever o negócio em detalhes e serve para que a empresa se apresente diante dos fornecedores, investidores, clientes, parceiros, empregados etc. (BIAGIO e BATOCCHIO, 2012, p. 3).

Assim, segundo NOGUEIRA e ALMEIDA (2011),

[o] plano de negócios é um documento de planejamento, elaborado de acordo com as necessidades de cada empreendimento, capaz de mostrar toda a viabilidade e as vantagens competitivas de um empreendimento, do ponto de vista estrutural, administrativo, estratégico, mercadológico, técnico, operacional e financeiro. É um documento usado para descrever o negócio e apresentar a empresa aos fornecedores, investidores, clientes, parceiros, empregados etc.

Para WILDAUER (2011, p. 39):

Podemos então resumir o plano de negócios como um documento no qual o empreendedor apresenta, em linguagem formal e objetiva, o negócio que quer conceber e propor para seus parceiros, sócios e futuros investidores, expondo-lhe a visão, a missão e os objetivos do empreendimento,

bem como o plano operacional (como irão funcionar as ideias), o plano de marketing (para divulgação das ideias), o plano financeiro (para captação, manutenção e distribuição de verbas) e o plano jurídico (como respeitará as leis e regulamentos do setor), de modo a facilitar o entendimento e a aceitação do negócio por parte dos interessados.

Não obstante, segundo BIAGIO e BATOCCHIO (2012, p.4):

O plano de negócios permite avaliar os riscos e identificar soluções; definir os pontos fracos e fortes da empresa em relação aos concorrentes; conhecer as vantagens competitivas da empresa; identificar aquilo que agrega valor para o cliente, ou seja, quais características os clientes procuram nos produtos e serviços pelos quais estão dispostos a pagar; planejar e implantar uma estratégia de marketing voltada ao cliente-alvo; estabelecer metas de desempenho para a empresa e avaliar investimentos; identificar as necessidades de absorção de novas tecnologias e novos processos de fabricação; e calcular o retorno sobre o capital investido, a lucratividade e a produtividade. Enfim, o plano de negócios é um guia que norteará todas as ações da empresa.

Dessa maneira, o plano de negócios compreende uma visão bastante ampla do negócio, que compreende não apenas a ideia e o modelo específico do negócio que irá permitir transformá-la em um produto ou serviço, mas também a estrutura jurídica, administrativa, financeira, comercial, bem como o planejamento estratégico e todos os planos de ação necessários à sua realização.

Nesse sentido, também segundo NOGUEIRA e ALMEIDA (2011),

O planejamento estratégico está inserido no plano de negócios e não deve ser trabalhado isoladamente como tem acontecido por força do modismo, tendo em vista que informações valiosas sobre a organização estão além desta etapa, mas contempladas em todo o conjunto do planejamento da organização, que é o plano de negócios. Sem as informações completas, qualquer decisão aleatória poderá ser subentendida que é fruto de uma análise infundada e empírica sem um raciocínio lógico e sequenciado que conclua a realidade do que é de fato a organização e o mercado em que está inserida e assim será falha e poderá causar o fracasso da empresa. Um planejamento estratégico bem elaborado é composto de: visão, missão, cadeia de valores, competências essenciais, análise das oportunidades e ameaças, análise dos pontos fortes e fracos, definição dos objetivos e das metas, formulação e implementação das estratégias, controle e retorno das informações.

Assim, o Plano de Negócios é mais amplo do que o Modelo de Negócios e visa transmitir uma macro perspectiva do empreendimento empresarial. Por isso, da mesma maneira como ocorre com a ideia inicial e com o planejamento estratégico, o próprio

Modelo de Negócio e as estratégias jurídicas, financeiras, administrativas, comerciais etc, também estão inseridas no Plano de Negócios, que deve ser efetivamente usado como um guia, como um plano de voo para empresa, e não apenas como uma apresentação formal usada exclusivamente para captação de fontes de financiamento (BIAGIO e BATOCCHIO, 2012, p. 4). Mas o plano de negócios, sozinho, não garante o sucesso da empresa ou a sua lucratividade. Todavia, quando o plano de negócios é desenvolvido com qualidade, aumentam muito as chances de sucesso do empreendimento (BERNARDI, 2011, p. 4).

### 3. *Business Model Generation: Canvas*

De fato, na construção de um Plano de Negócio e na efetiva construção de uma empresa, imediatamente após a formulação da ideia e antes mesmo da elaboração de um planejamento estratégico, faz-se necessária a formulação de um modelo de negócios.

Conforme expõe BERNARDI (2011, p. 25):

Modelos são representações hipotéticas de um sistema, e seu desempenho está relacionado a variáveis controláveis e incontroláveis, uma rede de interações e inter-relações em estado dinâmico e numa simbiose. À medida que se modela um sistema, a concepção do modelo e o processo de desenvolvimento fazem com que o experimentador se torne autoconsciente, numa integração de atitudes, de conceitos e de valores que influenciam o entendimento, o planejamento, a ação e a reação dos elementos do sistema. Os pressupostos do sistema e os objetivos implícitos influenciam a configuração e o desenho do modelo. Ao modelar e estruturar uma empresa, o resultado está diretamente relacionado aos objetivos, à composição do sistema e à visão que se tem do papel da empresa no sistema macro, bem como nos valores incorporados. A concepção de um modelo empresarial é determinada basicamente por dois propósitos: competitivo-egocêntrico e sistêmico-holístico.

Não obstante, nos tempos atuais, a maioria das empresas e dos negócios oferecem quase os mesmos produtos e quase os mesmos serviços, por preços cada vez mais parecidos. Por isso, a diferenciação dos produtos, dos serviços e das empresas, cada vez mais, precisa ser estabelecida por meio de inovações que seduzam os consumidores no momento da compra e durante a toda a experiência de uso/consumo. A inovação, por isso, passou a ser um dos elementos mais importantes e decisivos para a construção e para a manutenção do sucesso de um negócio.

Nesse contexto, o processo de design de ideias inovadoras pressupõe atualmente não apenas a criação de produtos e de serviços novos ou mais eficientes, mas também de modelos de negócios inovadores e competitivos, que precisam ser simples, intuitivos e

conectados não apenas com as necessidades, desejos e vontades (racionais e emocionais) dos consumidores, mas também com os interesses mais amplos de sustentabilidade da vida no planeta.

Foi exatamente para atender à necessidade de criação, (r)evolução e explicitação simples, direta e inovadora dos modelos de negócios, que Alexander Osterwalder e Yves Pigneur desenvolveram o *Business Model Generation*, descrito no livro *Inovação em Modelos de Negócios: um manual para visionários, inovadores e revolucionários*, e que tem sido usado nos dias atuais, cada vez mais, como marco teórico estruturante dos modelos de negócios desenvolvidos por empresas de diversos setores e tamanhos, em todo o mundo.

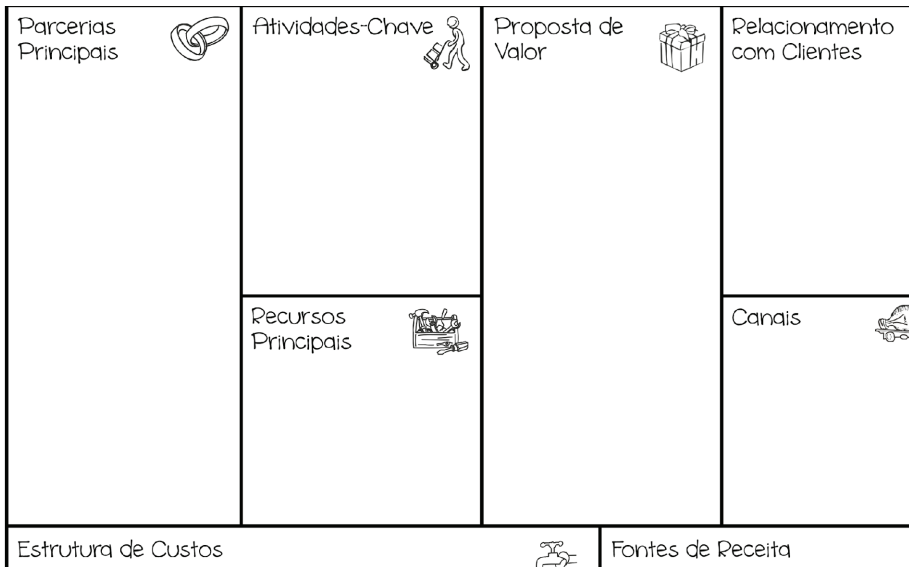
Assim, de acordo com OSTERWALDER e PIGNEUR (2013, p. 14-15), “um modelo de negócios descreve a lógica de criação, entrega e captura de valor por parte de uma organização”. Por isso, “o modelo de negócios é um esquema para a estratégia ser implementada através de estruturas organizacionais dos processos e sistemas.”. Segundo esses autores, o conceito de modelo de negócios precisa se transformar em uma linguagem comum que permita não apenas o reconhecimento do negócio proposto a partir de uma ideia, mas a descrição, a visualização, a avaliação e a manipulação que permita a criação de novas estratégias. Entender e definir um modelo de negócios é fundamental, então, para que depois sejam estabelecidas todas as estratégias que devam ser implementadas no curso da empresa.

OSTERWALDER e PIGNEUR (2013) propõem, basicamente, a utilização de nove componentes fundamentais de um modelo de negócios, para formar a base de uma ferramenta útil, simples e intuitiva que denominam de *Quadro Modelo de Negócios* ou *Canvas*. Segundo os autores:

Esta ferramenta lembra uma tela de pintura – mas pré-formatada com nove blocos – que permite criar imagens de Modelos de Negócios novos ou já existentes. O quadro funciona melhor quando impresso em uma grande superfície, para que vários grupos de pessoas possam rascunhar e discutir juntos os seus elementos, com anotações em adesivos (*Post-it*) ou marcadores. É uma ferramenta prática e útil que promove entendimento, discussão, criatividade e análise. (OSTENWALDER e PIGNEUR, 2013, p. 42) (grifos no original).

Basicamente, os nove componentes do *Canvas* proposto por Osterwalder e Pigneur são os seguintes: (1) segmentos de clientes, (2) proposta de valor, (3) canais, (4) relacionamento com clientes, (5) fontes de receita, (6) recursos principais, (7) atividades chave, (8) parcerias principais, (9) estrutura de custo.

A representação gráfica e visual do Quadro Modelo de Negócios (*Canvas*) proposto por Osterwalder e Pigneur, geralmente é descrita da seguinte maneira:



De fato, a grande vantagem do Quadro Modelo de Negócios é permitir a comunicação visual e integral de todos os elementos fundamentais do modelo de negócios proposto, o que facilita, sobretudo, a compreensão da dimensão do negócio da empresa, bem como o desenvolvimento mais eficiente do plano de negócios, do planejamento estratégico e dos respectivos planos de ação. Sem dúvida, as pessoas reagem mais e melhor àquilo que compreendem e visualizam, e essas são exatamente as grandes vantagens do Canvas. O Quadro Modelo de Negócios acaba sendo um importante instrumento de comunicação tanto para as pessoas responsáveis pela efetivação do negócio, quanto para os clientes e o mercado.

### 3.1. Segmentos de Clientes

Na construção de um Quadro Modelo de Negócios ou *Canvas*, o primeiro elemento que deve ser considerado pela empresa ou pelo(a) empresário(a) são os segmentos de clientes que são ou serão atendidos pelo negócio. No campo *segmento de clientes* é necessário definir os diferentes grupos de pessoas (naturais e/ou jurídicas) que a empresa busca atender ou servir, e que devem ser agrupados de maneira distinta dependendo de diversos fatores, tais como, dentre outros: classe social e cultural, disponibilidade de recursos financeiros, as necessidades atuais e futuras dos clientes, os canais de distribuição que serão usados para atingi-los, os diferentes tipos de relacionamento necessários para atendê-los, a lucratividade diferente em cada segmento de cliente, a disposição psicológica e financeira dos clientes para valorização e para pagamento dos diversos aspectos da oferta

Conforme OSTERWALDER e PIGNEUR (2013, p. 20) esclarecem,

Os clientes são o âmago de qualquer Modelo de Negócios. Sem clientes, nenhuma empresa pode sobreviver por muito tempo. Para melhor satisfazê-los, uma empresa precisa agrupá-los em segmentos distintos, cada qual com necessidades comuns, comportamentos comuns, e outros atributos comuns. Um Modelo de Negócios pode definir um ou vários segmentos, pequenos ou grandes. A organização deve tomar uma decisão consciente sobre quais segmentos servir e quais ignorar. Uma vez tomada a decisão, um Modelo de Negócios pode ser melhor projetado já com a compreensão das necessidades de clientes específicos.

De fato, a definição dos segmentos de clientes que serão atendidos pressupõe responder a pelo menos duas perguntas: (i) para quem a empresa ou negócio cria ou vai criar valor? (ii) quem são ou serão os consumidores mais importantes da empresa ou negócio?

De qualquer maneira, a definição do campo *segmento de clientes* do Quadro Modelo de Negócios pressupõe reconhecer que existem diferentes tipos de clientes, inseridos em mercados de massa (grupo uniforme de clientes com necessidades, problemas e desejos similares), em nichos de mercado (clientes específicos e especializados), em segmentos de mercado sutilmente diferentes (clientes com necessidades e problemas similares, mas variados e um pouco diferentes), em mercados diversificados (clientes com necessidades e problemas muito diferentes), em mercados multilaterais (segmentos de clientes com necessidades e problemas muito diferentes, como, por exemplo, os compradores de livros e as empresas de web que utilizam, ambos, a estrutura de tecnologia da informação da Amazon).

Sendo diversos os *Segmentos de Clientes* possíveis para um negócio ou empresa, variadas também devem ser as estratégias (inclusive jurídicas) que irão sustentar a efetivação do negócio.

### 3.2. Proposta de Valor

O segundo campo ou elemento que deve ser preenchido na composição do Canvas é aquele relativo à *Proposta de Valor*, que pode ser composto por uma ou diversos itens, direcionados para um ou para os diversos Segmentos de Clientes definidos antes no campo específico.

No campo relativo à *Proposta de Valor* do quadro modelo de negócios, o mais importante é descrever o pacote de produtos e/ou de serviços que a empresa irá oferecer ou já oferece para criar valor para cada Segmento de Cliente específico, pois, segundo OSTERWALDER e PIGNEUR (2013, p. 22):



A Proposta de Valor é o motivo pelo qual os clientes escolhem uma empresa ou outra. Ela resolve um problema ou satisfaz uma necessidade do consumidor. Cada Proposta de Valor é um pacote específico que supre as exigências de um Segmento de Clientes específico. Nesse sentido, uma Proposta de Valor é uma agregação ou conjunto de benefícios que uma empresa oferece aos clientes.

Para isso, dentre outras, os responsáveis pelo negócio ou empresa precisam responder a algumas perguntas, tais como, por exemplo, (i) o que os nossos clientes precisam ou desejam neste momento ou no futuro? (ii) quais são os problemas que os nossos clientes têm e precisam resolver? (iii) que conjunto de produtos e/ou serviços podemos oferecer aos nossos clientes para satisfação dos desejos, necessidades, vontades e problemas deles?

Como OSTERWALDER e PIGNEUR esclarecem (2013, p. 23), uma *Proposta de Valor* poder ser quantitativa (preço, rapidez no atendimento ao cliente) ou qualitativa (design, experiência oferecida ao cliente), mas sempre marcada por algumas características, tais como, dentre outras, novidade ou inovação (incremental ou radical), desempenho (maximização dos resultados alcançados com o produto ou serviço), personalização (customização e adequação às necessidades específicas dos clientes individualmente considerados ou por segmentos), design (forma + função), marca (geralmente valorizadas pelos clientes como resultado de investimentos em marketing), status (efeito condecoração percebido pelos clientes que exibem com orgulho os produtos/serviços adquiridos ou usufruídos), preço (alto, baixo ou até gratuito), redução de custo (maximização de tempo, de desgaste psicológico e de dinheiro), mapeamento e controle de risco (estabilidade no uso do produto ou serviço comprado), acessibilidade (para muitas pessoas, independentemente das características individuais de cada uma), sustentabilidade (produtos e serviços que não comprometam a vida no planeta Terra), conveniência (valorização do comodismo e da facilidade de uso), usabilidade (interatividade e uso “amigável” do produto/serviço) etc.

Do ponto de vista de estruturação jurídica do negócio ou da empresa, essas características da *Proposta de Valor* são muito importantes, pois, a partir delas, será possível estabelecer uma estratégia jurídica simples ou complexa, implícita ou explícita, barata ou cara, com maior ou menor tolerância aos riscos do negócio, com contratos diretos ou terceirizados, com maior ou menor carga tributária etc.

De qualquer maneira, é fundamental observar que a definição precisa da *Proposta de Valor* (tal como a definição dos *Segmentos de Clientes*) é absolutamente fundamental para o sucesso de qualquer negócio. Por isso, a empresa deve considerar sempre, seriamente, a possibilidade de testar as *Propostas de Valor* definidas teoricamente no Canvas com os seus *Segmentos de Clientes*, preferencialmente antes da implementação efetiva das mesmas. E isso pode ser feito, quer por meio de pesquisas de mercado (qualitativas e quantitativas),

quer por meio de Grupos Focais com parcelas significativas dos *Segmentos de Clientes*, quer por meio de protótipos, ou pela utilização de um conjunto de análises críticas e estratégicas que permitam minimizar as possibilidades de insucesso do negócio proposto ou já existente.

### 3.3. *Canais*

A elaboração do Quadro Modelo de Negócios ou Canvas pressupõe também a definição acerca dos *canais* por meio dos quais a empresa ou negócio alcança os seus *Segmentos de Clientes* para entregar as *Propostas de Valor* estabelecidas. É preciso, portanto, definir os canais de comunicação, de distribuição e de vendas dos produtos e/ou serviços da empresa. Para isso, deve-se considerar todos os pontos de contato da empresa com os seus clientes, por meio dos quais eles conhecem os produtos/serviços, avaliam as propostas de valor relativas aos mesmos, adquirem os produtos/serviços e também recebem suporte e assistência técnica. Nesse sentido, então, os *Canais* não são constituídos apenas pelos locais – físicos ou digitais – por meio dos quais os clientes compram, mas também nos quais os clientes conhecem, avaliam, compram, recebem, reclamam (são as seguintes, então, as fases do canal: conhecimento, avaliação, compra, entrega, pós-venda).

Como OSTERWALDER e PIGNEUR demonstram (2013, p. 27), os *Canais* podem ser diretos (equipes de vendas, site) ou indiretos (loja para revenda operadas pela organização ou por terceiros – por meio de franquias, por exemplo), próprios (lojas próprias), terceirizados (lojas de parceiros, atacadistas, sites de terceiros, distribuidores ou concessionários), ou uma mistura de todos os tipos. Todavia, o sucesso de qualquer negócio depende muito do mix de *Canais* escolhidos e usados para satisfazer o modo como os diversos *Segmentos de Clientes* serão contatados. Nesse sentido, os mencionados autores afirmam, que:

Os canais de parceria levam à margens de lucro menores, mas permitem que uma organização expanda seu alcance e se beneficie da força do parceiro. Canais particulares têm margens de lucro maiores, mas podem custar dinheiro para preparar e operar. O truque é encontrar o equilíbrio entre os diferentes tipos de canais, a fim de integrá-los de modo a criar uma ótima experiência para o consumidor e maximizar os lucros. (2013, p. 27)

Não obstante, o sucesso de qualquer negócio pressupõe não apenas a definição formal dos *Canais* no Quadro Modelo de Negócios, mas a gestão eficiente e sistemática do funcionamento de todos eles. Assim, como em quase todos os negócios, de maneira direta ou indireta, são estabelecidas relações da empresa com pessoas naturais (seres humanos), a gestão eficiente dos *Canais* exige a identificação de todos eles, bem como o design e/ou

redesign desses *Canais* para que a relação do negócio com os seus clientes seja cada vez mais humanizada, customizada, emocional e, por conta disso tudo, mais vinculante, mais afetiva. Essa gestão acaba sendo muito importante não apenas para conquistar, mas para reter e multiplicar clientes, o que quase sempre determina a sustentabilidade e o sucesso do negócio.

Do ponto de vista da estruturação jurídica do negócio ou da empresa, imediatamente após a identificação dos *Canais* por meio dos quais a empresa entra ou vai entrar em contato com os *Segmentos de Clientes* para entrega das *Propostas de Valor*, é absolutamente fundamental estabelecer um modelo de governança voltado para a regulação das relações internas entre os empregados e prestadores de serviços da empresa, bem como a normalização da relação desta com os seus diversos clientes. Por meio desse modelo de governança devem também ser estabelecidas as regras infra-legais e internas de conduta das pessoas que irão entrar em contato com os clientes em nome da empresa, bem como a estrutura dos modelos de contratos que irão reger o relacionamento da clientela com a empresa, tais como, dentre outros, contratos de compra e venda, e de prestação de serviços, nos quais devem ser estabelecidas todas as condições inerentes ao negócio proposto, tais como: objeto, preço, prazo, garantias, política de trocas, meios extrajudiciais para solução de eventuais problemas etc.

### 3.4. *Relacionamento com Clientes*

Nos tempos atuais, mais do que nunca, a experiência do cliente constitui um elemento fundamental para o sucesso de qualquer negócio ou empresa. Por isso, na elaboração do modelo teórico de qualquer negócio, a definição dos tipos de relação que a empresa tem ou terá com os seus diversos clientes é um fator crítico de sucesso. Nesse sentido, o relacionamento com os clientes deve ser motivado pela conquista e/ou pela retenção dos clientes, ou pela ampliação das vendas (OSTERWALDER e PIGNEUR, 2013, p. 28).

Para a elaboração do Quadro Modelo de Negócios, faz-se necessário, portanto, a resposta a algumas indagações, tais como, por exemplo, as seguintes: (i) que tipo de relacionamento os clientes esperam? (ii) que tipos de relacionamentos a empresa ou negócio já estabelece com os seus clientes? (iii) como tipos de relacionamentos pretendidos ou estabelecidos se conectam e se integram com o restante da empresa?

De qualquer maneira, como OSTERWALDER e PIGNEUR demonstram (2013, p. 29), os relacionamentos com os clientes podem ser estabelecidos: (i) por meio de assistência pessoal e direta, baseada na interação humana; (ii) por meio de assistência pessoal dedicada, com o destacamento de uma pessoa para o atendimento específico, direto e profundo do cliente; (iii) por meio do sistema de autoatendimento (*self-service*), que determina um relacionamento indireto do negócio ou empresa com os clientes; (iv) por

meio de serviços automatizados, com um sistema mais sofisticado de *self-service* personalizado de acordo com o perfil específico do cliente; (v) por meio de comunidades online de usuários, instituídas pela própria empresa para permitir e/ou facilitar a troca de conhecimentos e de experiências entre os clientes; (vi) por meio do sistema de cocriação, por meio do qual a empresa convida os seus clientes a cocriarem as propostas de valor e os próprios produtos/serviços que lhes são oferecidos (é o que ocorre, por exemplo, com o You Tube, no qual o conteúdo é cocriado pela empresa e pelos usuários).

De qualquer maneira, a definição do relacionamento com os clientes também determina a definição de um ou de alguns modelos jurídicos específicos, com diversos desdobramentos, que dependem de o relacionamento ser pessoal e direto, dedicado, realizado por meio de sistema de autoatendimento ou *self-service*, automatizado etc.

### 3.5. Fontes de Receita

A sustentabilidade de qualquer negócio ou ideia depende, quase sempre, das fontes de receitas necessárias para o pagamento dos custos e para a geração de *superávit*.

Nesse sentido, como OSTERWALDER e PIGNEUR esclarecem (2013, p. 30), um Modelo de Negócios pode envolver, basicamente, dois tipos de Fontes de Receitas: (i) as receitas provenientes de um pagamento único; (ii) as rendas recorrentes. Por outro lado, independentemente dos tipos das Fontes de Receitas, os preços podem ser fixos, predefinidos em listas, fixados a partir de características do produto/serviço, dependente dos tipos ou características dos segmentos de clientes, ou, ainda, dependente do volume ou da quantidade comprada. Já os preços dinâmicos mudam de acordo com as variações e condições de mercado e/ou do momento de compra, com fundamento na variação da oferta e da demanda, bem como dependem de competição e/ou do poder e das habilidades de negociação,

De qualquer maneira, a análise estratégica das Fontes de Receitas para a composição do Quadro Modelo de Negócios pressupõe indagar sobre quais valores os clientes estão realmente dispostos a pagar, bem como sobre os valores efetivamente pagos na atualidade pelos clientes, mas, também, sobre a forma de pagamento e sobre o percentual de contribuição de cada uma das fontes de receitas para a sustentação do negócio.

São diversas as fontes possíveis de receitas para qualquer empresa ou negócio, tais como, por exemplo: (i) venda de recursos; (ii) taxa de uso; (iii) taxa de assinatura; (iv) empréstimo; (v) aluguel; (vi) leasing; (vii) licenciamento; (viii) corretagem; (ix) anúncio; (x) patrocínio; (xi) doação.

Inquestionavelmente, cada uma desses tipos ou espécies de Fontes de Receitas pressupõe também um nível diferente de organização administrativa, comercial, financeira e, sobretudo, jurídica do negócio e da empresa.

### 3.6. Recursos Principais

O funcionamento de qualquer negócio ou empresa pressupõe identificar quais são os recursos principais para que as propostas de valor estabelecidas sejam entregues, com eficiência e eficácia, aos diversos segmentos de clientes. Nesse sentido, cada modelo de negócio requer específicos tipos de *Recursos Principais*, que podem ser físicos, financeiros, intelectuais, humanos, e podem ser próprios, alugados ou adquiridos de parceiros-chave (OSTERWALDER e PIGNEUR, 2013, p. 34).

### 3.7. Atividades-Chave

Como OSTERWALDER e PIGNEUR esclarecem:

Todo Modelo de Negócios pede por um número de Atividades-Chave. São as ações mais importantes que uma empresa deve executar para operar com sucesso. Assim como os Recursos Principais, elas são necessárias para criar e oferecer a Proposta de Valor, alcançar mercados, manter Relacionamento com o Cliente e gerar renda. E, assim como os Recursos Principais, as Atividades-Chave se diferenciam dependendo do tipo de Modelo de Negócios. (2013, p. 36)

Dessa maneira, basicamente, as atividades-chave são aquelas que a própria empresa deve executar diretamente para que a proposta de valor seja entregue adequadamente aos diversos segmentos de clientes, com o máximo aproveitamento possível.

Algumas atividades-chave são de produção e relacionadas com a fabricação e entrega de produtos e serviços aos segmentos de clientes, nas quantidades e qualidades necessárias para o sucesso do negócio. Por outro lado, outras atividades-chave relacionam-se com a solução de problemas de clientes específicos, em modelos de negócios que normalmente exigem o gerenciamento de conhecimento e de treinamento contínuo, como é o caso dos serviços de consultoria e de prestação de serviços de uma maneira geral. Finalmente, existem atividades-chave que decorrem de modelos de negócios projetados com atividades-chave estabelecidas por meio de uma plataforma (um site, um software, um aplicativo) ou de uma rede (OSTERWALDER e PIGNEUR, 2013, p. 37).

Do ponto de vista do Direito Empresarial Societário, normalmente as atividades-chave são exatamente aquelas estabelecidas na cláusula que define o objeto social e, portanto, a finalidade da sociedade empresária que estrutura a empresa. E, no âmbito do Direito do Trabalho, são exatamente essas atividades-chave da empresa que, no Brasil, não podem ser, em princípio, terceirizadas, em virtude do disposto na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que prevê o seguinte:

**CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011**

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.<sup>1</sup>

### *3.8. Parcerias Principais*

Da mesma maneira como nenhum ser humano é uma ilha, todas as empresas e negócios dependem sempre de uma rede constituída por fornecedores, parceiros e clientes. Por isso, a definição de um Modelo de Negócios pressupõe a descrição da rede de fornecedores e de parceiros que colocam o negócio para funcionar de maneira eficiente.

Segundo OSTERWALDER e PIGNEUR, existem quatro tipos diferentes de parcerias:

<sup>1</sup> [http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331), acesso em 17 de Fevereiro de 2015.

1. *Alianças estratégicas entre não competidores;*
2. *Competição: parcerias estratégicas entre concorrentes;*
3. *Joint ventures para desenvolver novos negócios;*
4. *Relação comprador-fornecedor para garantir suprimentos confiáveis.* (2013, p. 38)

E, segundo os mesmos autores, as motivações para uma parceria podem ser: (i) a otimização e a busca de economia de escala, já que é irracional a empresa executar absolutamente todas as atividades necessárias à sua existência e desenvolvimento; (ii) a redução de riscos e incertezas, já que as alianças estratégicas acabam promovendo a divisão e a mitigação dos riscos inerentes ao negócio; (iii) a aquisição de recursos e atividades particulares de terceiros, já que muito poucas empresas possuem todos os recursos (financeiros, humanos, tecnológicos etc) ou executam direta e pessoalmente todas as atividades descritas em seus modelos de negócios.

Logicamente, não há como estabelecer parcerias sem uma estrutura jurídica adequada à eficácia plena dos objetivos propostos ou planejados. E essa estrutura jurídica, geralmente de ordem obrigacional, pode ser estabelecida, dependendo do caso concreto, de maneira formal ou informal, explícita ou implícita, expressa ou tácita.

### 3.9. *Estrutura de Custo*

Não existe milagre. A geração de receita e de lucro, bem como a manutenção e/ou aprimoramento do relacionamento com os diversos segmentos de clientes pressupõe uma estrutura de custo compatível com o tamanho e com a complexidade do negócio ou da empresa. Por isso, a construção ou descrição de um Modelo de Negócios exige também a identificação de todos os principais custos financeiros e não financeiros exigidos para o perfeito desenvolvimento da empresa.

Especificamente para a montagem do Quadro Modelo de Negócios, a composição do campo relativo à estrutura de custo requer a resposta às indagações sobre os custos mais importantes do modelo de negócios, sobre os recursos principais e atividades-chave que são mais caros.

Todavia, vale sempre observar que alguns modelos de negócios são orientados pelo baixo custo e outros pelo valor agregado e oferecido ao cliente por meio de um ou de vários produtos e/ou serviços. Nesse sentido, nos modelos de negócios direcionados pelo custo os esforços e a estrutura organizacional do negócio procura minimizar o custo sempre que possível, o que geralmente ocorre por meio de automação máxima e diversas terceirizações. Por outro lado, nos negócios direcionados pelo Valor, a preocupação com os custos é menor, já que o mais importante é atender às expectativas

dos diversos segmentos de clientes, como acontece, por exemplo, no segmento dos serviços de luxo.

De qualquer maneira, segundo OSTERWALDER e PIGNEUR, as estruturas de custos podem ter como características os custos fixos (que não variam em virtude do volume dos produtos ou serviços oferecidos aos clientes), os custos variáveis (que se modificam na proporção do volume dos artigos ou serviços produzidos), a economia de escala (com vantagens decorrentes do aumento da demanda pelo produto ou serviço oferecido aos clientes), a economia de escopo (quanto maior o escopo, maior as vantagens auferidas pelo negócio ou empresa) (OSTERWALDER e PIGNEUR, 2013, p. 41).

Independentemente dos tipos ou das características da estrutura de custos, a estratégia jurídica utilizada é fundamental para reforçar a lógica do baixo custo, ou da proposta de valor. Nesse sentido, especialmente em relação à estratégia de baixo custo, a adequada estruturação jurídico-tributária constitui um elemento fundamental para o controle dos custos tributários do negócio, considerando-se, sobretudo, a miríade tributária na qual todos os negócios realizados no Brasil estão envolvidos.

#### **4. Análise Estratégica do Direito**

No Brasil, especialmente, o Direito ainda é fundamentalmente reconhecido como uma ciência normativa, voltada principalmente para a prevenção ou para a solução judicial de conflitos decorrentes de casos ocorridos no passado. Por isso, a cultura jurídica brasileira é marcada excessivamente pelo pressuposto do conflito, do processo judicial e pelo paradigma quase absoluto do uso de uma única ou de uma principal fonte do direito: a lei.

Contudo, a cultura jurídica brasileira, especialmente em matéria de direito empresarial ou mercantil, precisa avançar para atender aos anseios da sociedade contemporânea, sobretudo no âmbito de atuação das organizações empresariais. E isso pressupõe reconhecer a necessidade de inovação e de uso do Direito como instrumento de realização dos objetivos estratégicos das organizações empresariais privadas e públicas.

A construção de uma cultura jurídica nova e concatenada com as necessidades do mercado e da empresa pressupõe, primeiro, a mudança do modelo mental dominante, que implica a modificação do modo de pensar, de ensinar e, principalmente, de vivenciar a prática do Direito.

A grande dificuldade na imposição das mudanças necessárias à construção da cultura jurídica determinada pelas necessidades do mercado é que o brasileiro, culturalmente, é



geralmente refratário ao planejamento estruturado de suas ações. As empresas são organizações dos meios de produção, dirigidas, na prática, por pessoas. Por isso, em qualquer lugar, a empresa influencia as pessoas e as comunidades nas quais ela atua, mas também é muito influenciada pela cultura das pessoas que a faz existir. Por isso, em regra, as empresas brasileiras, especialmente as pequenas e médias, sofrem as consequências da deficiência de planejamento, própria da cultura de parte significativa dos brasileiros. E isso pode ser observado pelo número significativo de negócios que começam e são finalizados no curto espaço de tempo no Brasil, geralmente em virtude da falta de planejamento administrativo, financeiro, comercial, jurídico.

Nesse sentido, é importante observar, que:

Planejar é, em síntese, construir cenários possíveis, com objetivo de antever ou antecipar o futuro, para a concretização dos objetivos estabelecidos antes. Nesse sentido, o planejamento implica a elaboração de um conjunto de ações voltadas para implementação dos objetivos pré-determinados. (GABRICH, 2012, p. 34/35)

No âmbito da ciência do Direito, é importante também reconhecer a finalidade do planejamento jurídico e da *análise estratégica do Direito*, pois:

[...] o Direito deve ser compreendido como instrumento de estruturação dos objetivos das pessoas (naturais e jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado), para que estes sejam alcançados com o máximo possível de aproveitamento (de tempo, de conforto psicológico e até de dinheiro), de maneira a determinar o máximo de eficiência e de felicidade possível às pessoas. Para a imposição da análise estratégica do Direito, faz-se também necessário desenvolver a metodologia de análise jurídica baseada nos objetivos propostos pelas pessoas, e não mais nos casos – sobretudo conflituosos – do passado. Isso implica reconhecer o Direito como um conjunto de alternativas – jurídicas – para a estruturação dos objetivos das pessoas, fundamentalmente sem conflito e sem processo judicial, especialmente por meio da conciliação, da mediação e da arbitragem. Nessa dimensão, o Direito não mais pode ser encarado apenas como um conjunto de normas legais postas no ordenamento jurídico para permitir a “solução” de conflitos, fundamentalmente por meio de processos judiciais, com a obrigatória participação do Estado, por meio do Poder Judiciário. (GABRICH, 2012, p. 75/76)

Ocorre que, no âmbito das organizações (privadas e públicas), a análise estratégica do Direito exige que o jurista, antes de desenvolvê-la, realize um diagnóstico ou um *briefing* para o perfeito entendimento dos problemas, dos interesses, dos desejos, das necessidades das pessoas (naturais e jurídicas) envolvidas com o negócio, com a empresa, com

a organização. Além disso, é necessária a perfeita compreensão pelo jurista da estrutura de custos e de receitas do negócio, bem como as atividades chave, as parcerias principais, além dos canais de relacionamento com a clientela. Em síntese, é fundamental o conhecimento perfeito do modelo de negócio adotado pela empresa, bem como do planejamento estratégico estabelecido para a sua implementação e gestão. Sem isso, há sério risco de um total descompasso entre o negócio, sua gestão e a estratégia jurídica escolhida para a sua realização mais eficiente possível.

Daí, então, a importância da concatenação do Canvas ou Quadro Modelo de Negócios, com um Quadro Jurídico de Negócios que possa ser estabelecido e usado também estrategicamente, para que sejam construídas estruturas jurídicas que serão efetivadas para organizar e/ou para maximizar as ideias e os negócios previstos no Canvas.

## 5. Quadro do Modelo Jurídico de Negócios

De fato, como foi mencionado antes, não existe ideia, negócio ou empresa, de controle privado ou público, que não exija uma adequada estratégia jurídica para ser implementada(o) com a máxima eficiência possível. Da mesma maneira como é importante estabelecer um Modelo de Negócios inteligível, visual e prático para a construção dos planos de negócios e dos planos de ação necessários ao desenvolvimento da atividade econômica correspondente, é fundamental a construção de um quadro que demonstre o Modelo Jurídico do Negócio, com as mesmas características do Canvas (simplicidade, completude, fácil entendimento, comunicação visual etc) , para que seja estabelecida uma estratégia jurídica geral que permita a realização do negócio proposto com a máxima eficiência possível, com o melhor aproveitamento do tempo, das pessoas e dos recursos financeiros disponíveis em um dado momento.

A exemplo do Quadro Modelo de Negócios (Canvas) proposto por OSTERWALDER e PIGNEUR, o Quadro Modelo Jurídico de Negócios também pode ser dividido em nove campos, visualmente representados em uma única tela, para estabelecer, de maneira clara, objetiva e direta, a macroestrutura jurídica de qualquer ideia ou negócio representado em um Canvas. Nesse sentido, são pelo menos nove estratégias jurídicas para organização adequada de qualquer ideia ou negócio, com destaque para: (i) estrutura jurídica e/ou societária; (ii) relacionamento com os clientes e com o mercado; (iii) distribuição e logística; (iv) colaboradores; (v) fornecedores e parceiros; (vi) financiamento; (vii) estratégia tributária municipal; (viii) estratégia tributária estadual; (ix) estratégia tributária federal.

Do ponto de vista de comunicação e estrutura imagética, o quadro Modelo Jurídico de Negócios pode ser, então, assim representado:

# Canvas • Modelo Jurídico de



## 5.1. Estrutura Jurídica e Societária

O desenvolvimento de qualquer negócio exige, antes de tudo, a definição da estrutura jurídica e/ou societária que será usada pelas pessoas que pretendem empreender.

Ao contrário do que muitas vezes acontece na prática, a definição da estratégia jurídico-societária pressupõe o perfeito conhecimento acerca do negócio que será desenvolvido, dos segmentos de clientes que serão atendidos, das propostas de valor que serão entregues aos clientes, os canais e os tipos de relacionamento que serão estabelecidos com os clientes, as fontes de receitas (no curto, médio e longo prazos), os recursos principais, os principais parceiros, a estrutura de custos (no curto, médio e longo prazos). Ou seja, antes de tudo, é preciso conhecer e entender o Modelo do Negócio.

Mas é necessário ir além do Quadro Modelo de Negócios. É preciso conhecer também o Plano de Negócios, o Planejamento Estratégico (Premissas – valor, visão, missão –, Objetivos, Metas, Indicadores de desempenho, Concorrência, Planos de Ação), e o perfil psicológico e profissional dos sócios (controladores e minoritários).

Em relação à essa última análise, relativa ao modelo mental dos sócios, especialmente nas empresas de perfil familiar e/ou que possam ser classificadas como sociedades de

peças, é fundamental que o estrategista jurídico conheça detalhadamente os sócios e também as suas famílias, a história de vida de cada um, os seus sonhos e projetos futuros, o estado civil e o perfil sócio-econômico-cultural dos sócios e de suas famílias, bem como o apetite ao risco que esses sócios estão dispostos a assumir, além do interesse (ou não) dos sócios (e de seus familiares) de participarem (direta ou indiretamente) da gestão dos negócios etc.

Apesar de todos esses fatores muitas vezes não serem considerados para a definição da estrutura jurídico-societária inicial do negócio, essa análise se mostra fundamental, especialmente nos pequenos e médios negócios, de caráter essencialmente personalista e familiar. Todavia, a mesma análise estratégica deve ser realizada quando se trata de um negócio de caráter capitalista, ou mesmo de um negócio ou objetivo que será desenvolvido por uma instituição (organização) pública ou privada. E isso se justifica porque, em última instância, qualquer atividade econômica organizada (empresa, no sentido econômico e amplo do termo), direta ou indiretamente, acaba sendo realizada por (ou para) uma ou várias pessoas naturais.

De fato, o sucesso do negócio depende muito do reconhecimento dessas informações para que a estrutura jurídico-societária seja estabelecida por meio das diversas possibilidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tais como, dentre outras: empresário individual (com ou sem registro na Junta Comercial), empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), sociedade em comum, sociedade em conta de participação, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima, sociedade em comandita por ações, sociedade simples, sociedade cooperativa, associação, organização religiosa, partido político, fundação. Além disso, essa análise permite que o estrategista jurídico determine qual será a estrutura de administração do negócio, como, por exemplo, a definição da existência (ou não) de diretoria, conselho de administração, conselho fiscal, delegação de poderes de gestão, manual de governança corporativa (que garanta respeito à hierarquia organizacional, ao orçamento, bem como aos limites de decisão e de alçada) etc.

## 5.2. *Relacionamento com Clientes/Mercado*

Da mesma maneira como é importante a definição prévia da estrutura jurídico-societária que irá sustentar o negócio, é fundamental a definição prévia dos instrumentos jurídicos que devem ser desenvolvidos para a devida sustentação de todos os pontos de relacionamento do negócio e da empresa, com os seus clientes, com os *stakeholders* e com o mercado.

Nesse sentido, como, na maioria dos casos, o relacionamento da empresa com os clientes é transacional e obrigacional, faz-se necessária a definição dos tipos de contratos

que serão usados para organização dessas relações e que deverão ser elaborados posteriormente à elaboração do Quadro Jurídico de Negócios (mas antes do início da operação), tais como, dentre outros: contrato de compra e venda, contrato de prestação de serviços, termos e políticas de responsabilidade, termos e políticas de garantia e de troca, contratos de financiamento, procurações etc.

### 5.3. *Distribuição e Logística*

Especialmente nas empresas que atuam nos setores da indústria e do varejo, mas também naquelas que atuam no setor de serviços, garantir a eficiência da distribuição e da logística é, muitas vezes, a chave do sucesso do empreendimento.

Para que isso aconteça sem rupturas que causem impacto negativo no negócio é muito importante a construção, a manutenção e o desenvolvimento de uma rede de transporte e de distribuição. Normalmente, a importância do perfeito funcionamento dessa rede de distribuição e de logística somente se mostra relevante para o negócio, quando ela não funciona. Mas, para que as falhas não aconteçam ou sejam minimizadas, é crucial a utilização estratégica de diversos tipos de contratos, que devem ser (primeiro) idealizados e descritos no Quadro Jurídico de Negócios e (depois) prototipados e testados por meio de minutas e/ou de precontatos. Dentre tais contratos, destacam-se, geralmente, dentre outros, os seguintes: distribuição, transporte, armazenagem, afretamento, locação, franquias empresariais, representação comercial etc.

### 5.4. *Colaboradores*

Apesar das mudanças significativas nos tipos e nas formas das relações de trabalho e da crescente automatização dos negócios que vêm ocorrendo nas últimas décadas, a empresa (ainda) não pode prescindir do trabalho de um número importante de pessoas naturais. As relações jurídicas que sustentam o trabalho continuam sendo normalmente muito importantes não apenas para a estruturação e para o sucesso dos negócios, mas também para a estruturação da vida pessoal e familiar dos colaboradores da empresa.

As relações de trabalho na empresa mudaram muito (e continuam mudando) desde a Revolução Industrial e do surgimento do Direito do Trabalho. Os paradigmas da produção em massa, da padronização do trabalho em linhas de montagem, da subordinação, da venda do tempo pelo trabalhador, da remuneração exclusivamente em dinheiro, da especialização máxima, da definição rígida de cargos e de funções, do controle e da limitação de liberdade do trabalhador etc, estão sendo substituídos, cada dia mais, pelos novos paradigmas do trabalho, tais como: colaboração e cocriação de valor, voluntariado, ausência de hierarquia e/ou de subordinação, redução e/ou eliminação dos cargos

(holocracia), ampliação das funções, trabalho organizado por projetos e orientado por objetivos e metas, trabalho à distância, ausência de controle de jornada, liberdade de acesso às informações do negócio, remuneração baseada na conjunção entre dinheiro, qualidade de vida e reconhecimento.

Essa situação fática representa um grande desafio para o estrategista jurídico da empresa contemporânea, especialmente no Brasil, pois, neste país, a lógica do Direito do Trabalho e dos órgãos de fiscalização e de controle do trabalho na empresa ainda está atrelada aos paradigmas do passado, patrimonialista e industrial.

Assim, no campo destinado à estruturação jurídica dos vínculos existentes entre o negócio e os seus colaboradores, faz-se necessária a descrição das diversas possibilidades atuais, tais como, dentre outras: contratos de trabalho; plano de cargos, salários e responsabilidades; plano de premiação; políticas de participação nos lucros e resultados; código de ética profissional; políticas de governança corporativa; programas de integridade e *compliance*; acordo coletivo de trabalho; termo de compensação de horas; contrato de voluntariado; contrato de associação profissional; usufruto temporário, condicional e oneroso de quotas ou de ações.

### 5.5. *Fornecedores e Parceiros*

A estruturação de qualquer negócio exige a construção e o desenvolvimento de uma rede sólida de fornecedores e de parceiros.

Em todas as empresas, os fornecedores são tão importantes quanto os clientes e, por isso, esse relacionamento (obrigacional) deve ser sempre muito bem estruturado, quer do ponto de vista negocial, quer do ponto de vista psicológico e/ou jurídico.

Para que o relacionamento com os fornecedores e demais parceiros da cadeia produtiva aconteça, *just in time*, sem rupturas e sem a necessidade da manutenção e do controle de grandes estoques (que implicam normalmente custos financeiros significativos para muitos negócios), é muito importante a construção, a manutenção e o desenvolvimento de uma rede de fornecedores e distribuidores. Qualquer falha no sistema de fornecimento pode ser fatal para um negócio.

Assim, vários contratos e estratégias jurídicas podem ser explicitadas no Quadro Jurídico de Negócios, tais como, exemplificativamente: contrato de fornecimento, contrato de franquia empresarial, contrato de associação para manutenção de uma rede de compras, contrato de transporte etc.

### 5.6. *Financiamento*

As linhas e os meios de financiamento quase sempre são absolutamente fundamentais para a estruturação dos negócios.

Sendo assim, cabe também ao estrategista jurídico, considerando a rentabilidade média e as necessidades e os custos do capital estabelecidos para o negócio, construir um arcabouço jurídico que permita a perfeita fruição das engrenagens financeiras do negócio e da empresa.

Especialmente nos grandes empreendimentos, nos quais é fundamental a alocação de gigantescos volumes de capital, é necessária a elaboração de uma estratégia jurídica e financeira que permita não apenas o acesso ao capital, mas que este seja remunerado e pago pelos resultados gerados pelo próprio negócio (*Project Finance*).

Daí a importância da descrição dos principais atos jurídicos que serão desenvolvidos para a sustentação financeira do negócio proposto, tais como: emissão de valores mobiliários e/ou outros títulos de crédito; cartões de crédito e débito; contratos de empréstimo; financiamento, locação; permuta; *leasing*; *factoring*; políticas de financiamento direto de clientes, dentre outros.

### 5.7. Estratégias Tributárias: Municipal, Estadual, Federal

Especialmente no Brasil, um dos mais importantes custos diretos dos negócios é constituído pela carga tributária.

Uma intrincada teia de tributos (impostos, taxas, contribuições fiscais e parafiscais) e de obrigações acessórias afeta significativamente todos os negócios no Brasil.

Nada mais natural, então, do que o Quadro Jurídico de Negócios conter espaços destinados à descrição das obrigações tributárias incidentes sobre o negócio da empresa, em todos os níveis e fases da operação. Cabe, assim, a descrição dos tributos municipais, estaduais, federais incidentes sobre o negócio proposto, bem como dos regimes de tributação, apuração e pagamento, além da classificação tarifária de produtos e serviços, bem como das respectivas alíquotas e obrigações acessórias.

É importante observar, todavia, que, dependendo do país no qual o negócio esteja inserido, o campo relativo às estratégias tributárias pode ser mais reduzido ou ampliado, na mesma proporção da complexidade ou da simplicidade do sistema tributário aplicável à espécie.

## 6. Conclusões

O Direito Empresarial não tem existência científica ou prática autônoma. O Direito Empresarial não é apenas o direito da empresa e dos empresários. O Direito Empresarial é o direito na empresa. Assim, sem a empresa, não há Direito Empresarial.

Nos tempos atuais, a empresa é totalmente organizada de acordo com a lógica do planejamento e da gestão estratégica. Por isso, estabelecer objetivos e metas, identificar

responsabilidades, evidenciar e monitorar indicadores de desempenho, garantir em todas as etapas a maior eficiência geral possível, faz parte do dia-a-dia de qualquer negócio ou organização, no Brasil e em todos os demais países.

Ocorre que a lógica de planejamento precede a própria existência da empresa. A construção de um modelo de negócios é ponto de partida fundamental para os novos empreendimentos, mas também ponto de transformação e de sustentabilidade dos já existentes. Conhecer em sua completude o modelo do negócio é um elemento muito importante para a construção de uma ou de várias estratégias que garantam a maior eficiência possível da empresa.

Por isso, OSTERWALDER e PIGNEUR (2013) desenvolveram *Business Model Generation*, por meio do Canvas ou o Quadro Modelo de Negócios, que vem sendo usado, cada vez mais, para a construção e/ou para a evolução estratégica de diversos tipos, modelos e tamanhos de negócios e empresas. A grande virtude do Canvas é permitir, de maneira simples (mas não simplificada), a ideação, o pensamento, a reflexão e a visualização do modelo completo do negócio, o que acaba favorecendo o processo de inovação estratégica nas organizações (privadas e públicas). Daí o seu sucesso.

Todavia, como todos os negócios, empresas e organizações precisam de uma ou de várias estratégias jurídicas para o seu desenvolvimento, nada mais natural do que a construção de um Quadro Jurídico de Negócios, com a mesma lógica de simplicidade e de completude do Canvas proposto por OSTERWALDER e PIGNEUR, e que deve ser usado em conjunto com aquele, para a perfeita estruturação jurídica do modelo do negócio, em qualquer empresa ou organização (pública ou privada).

## 7. Referências

- BERNARDI, Luiz Antonio. *Manual de Plano de Negócios: fundamentos processos e estruturação*. São Paulo: Atlas, 2011.
- HITT, Michael. IRELAND, Duane. HOSKISSON, Robert. *Administração estratégica: competitividade e globalização*. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
- GABRICH, Frederico de Andrade. *Análise Estratégica do Direito*. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2010.
- GABRICH, Frederico de Andrade. *Inovação no Direito*. Belo Horizonte: Universidade Fumec, 2012.
- LOBATO, David Menezes. MOYSÉS FILHO, Jamil. TORRES, Maria Cândida Sotelino. RODRIGUES, Murilo Ramos Alambert. *Estratégia de empresas*. 6ª edição, Rio de Janeiro: editora FGV, 2005.



- NOGUEIRA, Carla Rossana de Araujo Torres. ALMEIDA, Marcia Rejane de Araujo. Plano de Negócios e Planejamento Estratégico: Ferramentas que geram vantagem competitiva. Uma abordagem sobre o BSC enquanto ferramenta estratégica aplicada à Escola do Design. Tese apresentada no VIII Convibra Administração – Congresso Virtual Brasileiro de Administração – [www.convibra.com.br](http://www.convibra.com.br), 09/11/2011, <[http://www.convibra.com.br/upload/paper/adm/adm\\_2710.pdf](http://www.convibra.com.br/upload/paper/adm/adm_2710.pdf)>, acesso em 13/12/2014.
- BIAGIO, Luiz Arnaldo; BATOCCHIO Antônio. *Plano de negócios: estratégia para micro e pequenas empresas*. São Paulo: Manole, 2012.
- OSTERWALDER, Alexander; PIGNEUR, Yves. *Inovação em Modelos de Negócios: um manual para visionários, inovadores e revolucionários*. Rio de Janeiro: Alta Books, 6ª reimpressão, 2013.
- PORTER, Michael E.. *Estratégia Competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência*. Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª edição – 29ª reimpressão, 1986.
- WILDAUER, Egon Walter. *Plano de Negócios: elementos constitutivos e processo de elaboração*. Curitiba: Ibpex, 2011.

# A CONTRIBUIÇÃO IBEROBRASILEIRA PARA O APERFEIÇOAMENTO DA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

---

ADALBERTO SIMÃO FILHO

Mestre e Doutor em direito das relações sociais pela PUC/SP. Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal. Professor Titular IV com grau de Professor Emérito das Faculdades Metropolitanas Unidas -FMU/SP. Professor do programa de mestrado da Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP/SP. Acadêmico, membro de número da Inter American Academy of International and Comparative Law. Árbitro designado pelo CAESP- Conselho de Arbitragem do Estado de São Paulo e sócio diretor de Simão Filho - Advogados Associados.

## Resumo

Este artigo pretende avaliar as contribuições colhidas na experiência espanhola de criação do modelo denominado Sociedade Limitada Nova Empresa - SLNE que foi introduzida no ordenamento pela Ley 7/2003 que permite a integração de pessoa natural única em seus quadros e facilita a atividade mercantil a partir de seus registros. Escolhendo temas de relevo, o modelo espanhol foi confrontado com o modelo desenvolvido pela legislação brasileira - Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011 para a criação da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli, apresentando-se as principais características de cada qual e evoluções.

## Palavras-chave

Nova empresa; Responsabilidade limitada; Sociedade; Empresa.

## Resumen

Este artículo tiene como objetivo evaluar las contribuciones recogidas en la experiencia española de crear la denominada sociedad de responsabilidad limitada Nueva Empresa modelo - SLNE que se introdujo con el fin de la Ley 7/2003, que permite la integración de la persona física única y facilita actividades de negocio de sus registros. La elección de los temas pertinentes, el modelo español se enfrentó con el modelo desarrollado por la legislación brasileña - Ley N° 12.441, de 11 de julio de 2011 para la creación de empresa individual de Responsabilidad Limitada - EIRELI, presentando las principales características de cada uno y desarrollos.

## Palabras clave

Nueva empresa; Sociedad de responsabilidad limitada; Sociedad empresa.

### 1. Introdução

A Espanha, visando propiciar um ambiente de crescimento da atividade empresarial onde se contemplasse não só a redução de burocracias registrarias como também a possibilidade do exercício de atividade de forma individual, todavia com responsabilidade limitada, fez editar a Lei 7/2003, de 1º de abril que regulou a SLNE – Sociedad Limitada Nueva Empresa com personalidade jurídica distinta de seu sócio ou sócios, capital social dividido em participações indivisíveis e, independente de sua atividade, sempre terá o caráter mercantil

Não há um número mínimo de sócios, podendo desde o nascimento ser a mesma constituída de forma unipessoal. O limite de sócios fundadores é cinco, podendo ser ampliado no futuro. Somente se admite sócios-pessoas físicas e a responsabilidade pelas dívidas sociais é limitada ao capital aportado.

Trata-se assim, a SLNE, de uma especialidade no âmbito das Sociedades de Responsabilidade Limitada na Espanha, constituída por escritura pública lavrada em notário e inscrita no Registro mercantil.

Este artigo pretende efetuar uma análise comparativa dos dois sistemas legais voltados para as atividades empresariais com limitação de responsabilidade, com vistas a apresentar eventuais colaborações ao instituto da sociedade individual/

Os tipos sociais previstos no sistema brasileiro consistem na sociedade em nome coletivo, sociedade em conta de participação, sociedade em comandita simples, sociedade por ações, sociedade em comandita por ações e sociedade limitada, diferenciando-se estes tipos entre si, pela forma de administração da sociedade e a limitação ou não da responsabilidade dos sócios por obrigações sociais.

Na organização da atividade mercantil no Brasil, desenvolveram-se também, as políticas de proteção de micro e pequenas empresas e empreendedores individuais, através de preceito constitucional e do estabelecimento de regimes jurídicos específicos que disciplinam acerca dos benefícios destinados às mesmas e âmbito de responsabilidade dos sócios ou do empresário pelas obrigações sociais contraídas.

A responsabilidade da pessoa que faz a opção de explorar de forma individual a atividade econômica, quer como empresária individual<sup>1</sup>, ou microempreendedor individual<sup>2</sup>, é ilimitada nas obrigações contraídas socialmente.

1 Nos moldes do art. 966 do Código Civil.

2 Na forma estatuída pelo art. 18-a da Lei Complementar n.123/206.

Excepcionalmente no Brasil, há casos em que as sociedades de responsabilidade limitada, acabam por restar unipessoal sem que deste fato se possa depreender que a responsabilidade do sócio único seja automaticamente transformada em ilimitada. A subsidiária integral tendo como única acionista uma sociedade brasileira, possui previsão no art. 251 da Lei 6.404/76. Por outro lado, ocorrências pontuais que possam refletir diretamente no quadro social como o falecimento ou despedida de sócio ou a extinção da personalidade jurídica para com relação a um sócio, também contribuem para que a sociedade de qualquer natureza ou tipo, possa restar apenas com um único sócio no seu quadro.

Dispõe o Código Civil brasileiro que nas sociedades contratuais, a pluralidade de sócios deve ser restituída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias (art. 1.033 – IV) e, por sua vez, nas sociedades por ações, na ocorrência de restar por qualquer motivo com um acionista único, o quadro social deve ser restituído e completado até a próxima assembleia ordinária<sup>3</sup>.

Uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado é então formada pela empresa individual de responsabilidade limitada, ocupando um espaço no cenário brasileiro, além daquelas já existentes como associações, sociedades, fundações, partidos políticos e entidades religiosas.

## 2. Os Regimes Jurídicos Comparativos

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – Eireli foi criada pela Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011 publicada no Diário Oficial da União de 12/07/2011 que alterou a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) a partir da inserção do art. 980-A.

Foi assim criada a empresa individual de responsabilidade limitada, com a previsão de sua constituição por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

Este regime jurídico favorecido da Eireli é o mesmo adotado para as microempresas e empresas de pequeno porte consoante previsão do art. 3º da lei Complementar 139/11, aplicando-se, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.

Como asseveram Paulo Cesar Aragão e Gisela Sampaio da Cruz<sup>4</sup> o direito brasileiro fez previsão de duas formas de constituição de Eireli, que podem ser classificadas como

3 As Assembleias Ordinárias no Brasil, realizam-se uma vez ao ano, via de regra, nos quatro primeiros meses do ano.

4 **Aragão.** Paulo Cesar e Gisela Sampaio da Cruz. Empresa individual de responsabilidade limitada: O “moderno Prometheus” do direito societário. Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade

originária ou direta, com base no caput do art-980-A, criada sem a existência de ente anterior e a derivada ou indireta como disposto no parágrafo 3º do art.980-A e art. 1033 parágrafo único, resultante da conversão ou transformação de uma sociedade de outro tipo social em Eireli.

Já na experiência espanhola a Sociedade Limitada Nova Empresa- SLNE foi introduzida pela Ley 7/2003 como forma simplificada das sociedades limitadas decorrente deste novo regime societário mais sensível e dinâmico do que o antigo.

A Ley 24/2005 de 18 de novembro que foi editada com o objetivo de impulsionar a produtividade empresarial, introduziu modificações na legislação da nova empresa no que tange a sua denominação social, dando liberdade aos sócios de criarem razão social na forma como for conveniente aos mesmos.

A sociedade limitada nova empresa possui personalidade jurídica própria e caráter mercantil, independente de sua natureza específica e de seu objeto, como se observará. .

### 3. Função Econômica do Instituto

A SLNE foi criada na Espanha como mais uma opção válida para desburocratizar a atividade mercantil e atrair empresários ao seu modelo, inclusive para que, de forma individual e com limitação de responsabilidades, pudessem assumir os riscos da atividade e contribuir para o crescimento do país.

Já no Brasil, a Eireli foi idealizada tanto para a produção ou circulação de bens, como de serviços e terá personalidade jurídica a partir de registro no órgão próprio (vide art. 44.VI do Cód. Civ), gerando todos os efeitos pertinentes à personalização, inclusive o de distinção patrimonial. A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio.

Do ponto de vista de sua função econômica, a Eireli representa mais uma via de acesso à atividade empresarial e ao empreendedorismo e a possibilidade real de racionalização da gestão das sociedades quando o seu quadro social tenha se reduzido a apenas um sócio, possibilitando o fomento da atividade mercantil, regularização e/ou criação de empresas unipessoais, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento social com o auxílio na circulação da riqueza, no âmbito circunscrito de sua operação.

Como preleciona Maurício Andere Von Bruck Lacerda<sup>5</sup>, esta nova figura jurídica poderá se prestar a ser uma alternativa válida para a viabilização da atividade empresarial

---

Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto.MP Editora. São Paulo, 2012, pag. 219.

5 In Empresa Individual de responsabilidade Limitada- Eireli. Desafios e Perspectivas, artigo publicado na Revista eletrônica FMU - Direito, ano 27, n. 39, p.151 –...2013.

com limitação de responsabilidade tanto aos que pretenderem nela se iniciar, como aos pequenos empreendedores, afastando a necessidade de constituição de sociedades pro forma, apenas para cumprir a pluralidade do quadro social, numa situação nefasta àquela pessoa que apenas detinha participação social ilusória, na medida em que acabava por correr todos os riscos fiscais, ambientais, trabalhistas e civis, inerentes à atividade empreendida, sem qualquer chance de defesa. O advento da Eireli pode também se prestar a ser forte elemento de atração de empresários informais para a regularidade, gerando efeitos benéficos à população a partir do cumprimento das obrigações empresariais inerentes ao exercício desta atividade.

A vocação ao empreendedorismo, como anota Francisco Dornelles<sup>6</sup>, atende também à num modelo de negócio que prescindia de um sócio e proteja o patrimônio individual do empresário, oferecendo um inédito ambiente de segurança jurídica e mercadológica.

#### 4. Sócios e Titularização da Empresa

A SLNE pode ser criada na Espanha a partir de um único sócio, pessoa física, sob forma de sociedade unipessoal. Todavia, não pode constituir ou adquirir a condição de sócio único de uma SLNE aquele que já tenha titularizado outra sociedade da mesma natureza.

Por outro ângulo, a fundação da SLNE pode ser efetivada por até cinco sócios pessoas físicas no primeiro momento, podendo este quadro ser ampliado em momentos posteriores.

Este fato se dá porque neste modelo espanhol, a transmissão das participações sociais somente pode se dar a pessoas físicas. Desta forma, em razão deste regime de cessão de participações societárias, poderá ocorrer que várias outras pessoas físicas adquiram quotas sociais, passando a integrar um quadro societário superior a cinco pessoas,

Caso porventura, em razão de negócio jurídico, uma pessoa jurídica tenha adquirido participações societárias deste modelo social, deverá a mesma transferi-las de alguma forma para a pessoa física que adquirirá o status de sócia, no prazo de três meses.

Nenhum destes sócios responderá pelas dívidas sociais, estando limitada a sua responsabilidade ao capital social devidamente integralizado.

<sup>6</sup> **Dorneles.** Francisco. Novas perspectivas para os empreendedores brasileiros. Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. MP Editora. São Paulo, 212, pag.83. O Autor – na qualidade de Senador da República, foi Relator na Comissão de Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal, do projeto de Lei da Câmara n. 18 de 2011, de autoria do Deputado Marcos Montes que foi aprovado e convertido na Lei 12.441/2011.

No Brasil há entendimento do DNRC- Departamento Nacional de Registro do Comércio no sentido de que somente a pessoa natural pode ser titular de Eireli, desde que esta não seja impedida por norma constitucional ou por lei especial. O titular de Eireli será a pessoa natural, maior de 18 anos, brasileiro ou estrangeiro, que se achar na livre administração de sua pessoa e bens, ou, ainda, o menor emancipado na forma da lei, desde que não haja impedimento legal.

Alfredo de Assis Gonçalves Neto<sup>7</sup> menciona que, muito embora o art.980-A utilize a expressão “pessoa” em exclusão do termo “natural” que figurava no projeto original, o parágrafo 2º, ao proibir a criação de mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada por “pessoa natural”, completa-o, deixando claro que é exclusivamente a esta que se refere o caput.

Para este Autor, se a norma pudesse ser interpretada no sentido de permitir a criação da Eireli por pessoas jurídicas, não haveria coerência lógica em se restringir a criação deste ente para apenas uma pessoa.

A Instrução Normativa n.117 do DNRC dispõe no item 1.2.11, por sua vez, que a pessoa jurídica não pode ser titular de Eireli e a Instrução Normativa DNRC n. 118 de 22 de novembro de 2011 que dispõe sobre o processo de transformação de registro de empresário individual em sociedade empresaria contratual, ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa, preconiza em seu art. 3º que a transformação de registro de empresário em sociedade ou em empresa individual de responsabilidade limitada e vice-versa não abrange as sociedades anônimas, sociedades simples e as cooperativas. O art. 4º a Instrução Normativa complementa que a sociedade em condição de unipessoalidade poderá ter seu registro transformado para empresário individual, independentemente do decurso do prazo de cento e oitenta dias, desde que não realizada a liquidação decorrente da dissolução a que se refere o inciso IV do art. 1.033 do Código Civil.

Fábio Ulhoa Coelho<sup>8</sup> apresenta interessante posicionamento no sentido de que a proibição de titularização de mais de uma empresa deste tipo, só se dá com relação ao sócio único pessoa física.

Este conflito de posições faz parte da discussão atual do tema no Brasil. Na V- Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado 467 com a orientação de que “*A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural.*” Na I-Jornada de Direito Comercial promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal de 2012, a proposta de permissão de criação de Eireli por pessoa

7 **GONÇALVES NETO.** Alfredo de Assis. Direito de empresa. São Paulo:Revista dos Tribunais, 4ª Ed.2014, pag. 129. O autor entende que a expressão individual remete a individuo que, no contexto, significa ser pertencente à espécie humana.

8 **Coelho.** Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Saraiva: São Paulo. 2014, pag. 409.

jurídica, foi rejeitada. Todavia, na I-Jornada Paulista de Direito Comercial promovida pelo IASP, foi aprovado o Enunciado 3 que dispõe “*A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada pode ser constituída por pessoa jurídica.*”

Partindo do princípio da isonomia como vetor interpretativo do parágrafo 2º do art. 980-A, Márcio Tadeu Guimarães Nunes<sup>9</sup> contesta a interpretação adotada pelo DNRC no sentido de que a Eireli só possa ser criada por pessoa natural, defendendo também o interessante ponto de vista liberal já descrito, onde explica que pode a pessoa jurídica titularizar múltiplas Eirelis e a pessoa humana apenas um ente desta natureza.

Somos da opinião professada pela parte da doutrina que entende que ao se generalizar no caput do art. 980-A que a empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, pretendeu o legislador, conceder oportunidades reais para pessoas jurídicas que sejam titulares de sociedades de outros tipos sociais e que porventura tenham se tornado unipessoal por qualquer motivo, que possam constituírem-se em Eireli titularizada por esta.

Ainda, nada obstará, em razão da não especificação da espécie de pessoa, como mencionou Fábio Ulhoa Coelho, que se possa constituir primariamente uma Eireli por uma pessoa jurídica que não seja fundação, associação, ou seja, uma pessoa jurídica empresaria que, inclusive, poderá concentrar as quotas de outra modalidade societária num único sócio, independente das razões que motivaram esta concentração, como expressa o parágrafo 3º do art. 980-A

Há também quem entenda não só que a pessoa jurídica possa compor uma Eireli, como também que há viabilidade de a sociedade estrangeira compor a titularidade deste ente social como disciplina Charles William Macnaughton<sup>10</sup>. Todavia, se isto acontecer, deve-se observar que o Manual dos atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada editado pelo DNRC, ao permitir que pessoa natural estrangeira seja titular de EIRELI no item 1.2.10, contribui para uma interpretação no sentido de que o estrangeiro possa representar a empresa estrangeira que titularizará a Eireli, mesmo não

9 **Nunes.** Márcio Tadeu Guimarães. EIRELI- A Tutela do patrimônio de afetação. Quartier Latins. São Paulo. 2014, pag.124. Aliás, traz o Autor no que denominou de caso Purpose Brazil LLC e Purpose Campaigns Brasil Ltda.Vs.Jucerja a decisão liminar proferida em 07 de março de 2012 pela Juíza Gisele Guida de Faria, da 9ª Vara da Fazenda Pública do Rio de Janeiro, em mandado de segurança n. 0054566-71.2012.8.19.0001 onde se determinou à autoridade impetrada Junta Comercial, que mantivesse a singularidade acionária da 2ª impetrante, sem qualquer risco de dissolução, admitindo, com base no princípio constitucional da legalidade máxima, que a pessoa jurídica titularizasse a Eireli, mencionando que não cabia ao DNRC normatizar a matéria inserindo proibição não prevista em lei. O caso é interessante por tratar de duas pessoas jurídicas sendo uma brasileira e uma estrangeira que pretendiam constituir uma Eireli. Esta liminar ainda vigorava em 19.03.2013 segundo o Autor. Pag.103.

10 Macnaughton. Charles William, in Titular estrangeiro na Eireli. Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto.MP Editora.São Paulo, 2012, pag.63.



sendo residente no país, desde que nomeie o representante no país com poderes para o recebimento de citação.

O limitador à pessoa natural como descrito no parágrafo 2º do art. 980-A., nesta ótica, seria apenas e tão só para que se evitasse a constituição de um agrupamento empresarial de Eirelis por pessoas naturais.

## 5. Natureza Jurídica Específica

A SLNE espanhola possui clara natureza jurídica societária impregnada no âmbito da lei que a criou, mesmo quando este modelo é composto por unicamente um sócio.

Nesta condição, a *Ley 7/2003* acaba por se afastar do regime brasileiro que ainda não se definiu do ponto de vista interpretativo, se a Eireli é um novo modelo social ou uma espécie de sociedade ou, ainda, apenas uma atividade empresarial.

A aplicabilidade das regras específicas de direito societário nas SLNE gera mais segurança ao modelo e possibilita a avaliação do risco da oportunidade ao passo em que a ambivalência da lei brasileira, como será demonstrada a seguir, gera insegurança jurídica e contribui para que as situações que possam envolver a Eireli se resolvam somente através de sistema interpretativo judicial ou arbitral, o que não é desejável ao ambiente de negócios que se pretende formar em países desenvolvidos, como forma de contribuição para a sua expansão econômica.

Parece que contribui para a incerteza interpretativa e dificuldade da compreensão real da natureza deste instituto e de seu alcance no Brasil, o fato de a legislação ter-se dissociado do projeto de lei originário sobre a Eireli que foi apresentado com 28 artigos que, na aprovação se transformaram em um único artigo com seis parágrafos,

Já observou Ana Claudia Pastore em outra oportunidade<sup>11</sup>, que esta imprecisão legislativa acabou por gerar não só problemas sérios relativos à constituição e formação deste ente personalizado, como também um aquecido debate doutrinário que será aqui apenas sintetizado, acerca da Eireli ser uma espécie de pessoa jurídica distinta das sociedades ou uma nova modalidade societária.

A Eireli possui natureza de sociedade limitada como apregoa Fábio Ulhoa Coelho<sup>12</sup>, dando-se o caráter de responsabilidade limitada mesmo que unipessoal, podendo esta ser constituída tanto por sócio único pessoa física, como por uma pessoa jurídica.

11 **Pastore**, Ana Claudia et **Simão Filho**. Adalberto. In Aplicabilidade da convenção arbitral no âmbito da empresa individual de responsabilidade limitada. Artigo publicado na obra Empresa Individual de Responsabilidade Limitada- EIRELI- Aspectos Econômicos e legais, org. Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto.MP Editora: São Paulo. 2012, pag. 32.

12 **Coelho**. Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Saraiva: São Paulo. 2014, pag.409.

A sustentação de Fabio Ulhoa Coelho<sup>13</sup>, ao reconhecer a imprecisão temática, parte da premissa de que o legislador ao disciplinar o instituto, valeu-se exclusivamente de conceitos de direito societário como capital social, denominação social e quotas, referindo-se à Eireli como uma modalidade societária no parágrafo 3º do art.980-A,

Desta forma, com a aplicação do regime de sociedade limitada, inclina-se este Autor a não considerar esta empresa como uma espécie de pessoa jurídica diferente de sociedade, mas sim, como uma sociedade unipessoal por interpretação sistemática do art. 980-A do Código Civil, concluindo que não se trata de um novo tipo de pessoa jurídica como equivocadamente se poderia depreender da interpretação literal do art. 44,VI, do Código Civil.

A posição de que a Eireli é um novo ente, distinto da sociedade e do empresário, é sustentada também por parte da doutrina como Alfredo de Assis Gonçalves Neto<sup>14</sup> que aponta certas restrições à personalidade jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada, do ponto de vista da relação intersubjetiva real haja vista que haveria uma impossibilidade material de o titular da Eireli ser sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica contrária com a empresa que titulariza de forma tal que não se poderia conferir ao credor o direito e o poder de exigir e ao devedor a obrigação e a subsunção a uma coação que lhe imponha prestar.

O Autor entende que o ato de constituição de uma empresa individual de responsabilidade limitada é uma declaração unilateral de vontade, enquadrando-se, portanto, no gênero dos negócios jurídicos unilaterais e como tal deve ser tratado, afastando-se a normativa dos contratos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais ou contrato-organização, em razão do pressuposto do acordo de vontades para o seu nascimento.

Na I - Jornada de Direito Comercial, organizada<sup>15</sup> pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ-Brasil), foi aprovado o seguinte Enunciado. “3- *A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.*”

A partir do direito projetado, claro estava que a Eireli se constituiria como uma sociedade unipessoal. Todavia, a opção do legislador ao criar a Eireli como o fez, desprezando parte do fundamento daquele projeto de lei, parece que acabou por não constituir um novo tipo social que poderia ser denominado de sociedade unipessoal a exemplo do que ocorreu em países que possuem o Instituto em seu ordenamento, mas sim e tão só, o de gerar uma nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado à luz do art.44 VI

13 **Coelho**, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Saraiva: São Paulo. 18ª Ed. Vol.2. 2014. pág. 409.

14 **Gonçalves Neto**. Alfredo de Assis. Direito de Empresa.4ª Ed. São Paulo:RT. 2012. pags.121 a 138

15 Ocorrida em outubro de 2012 em Brasília. O autor do Enunciado 3 é o Prof. Maurício Andere Von Bruck Lacerda.

do Código Civil<sup>16</sup>, para fins estritamente empresariais e com características próprias para o exercício de empresa vista aqui como o exercício da atividade econômica organizada para circulação e produção de bens e serviços<sup>17</sup>.

O fato de no ato constitutivo se poder disciplinar sobre quotas e capital social como previsto no art. 980-A parece-nos que não se pode induzir a premissa de que seja a Eireli, no momento de sua criação, uma sociedade, pois este ente encontra-se no Código Civil em título próprio (Título I-A) quando as sociedades estão todas disciplinadas no Título II.

O conceito de sociedade previsto pelo legislador brasileiro encontra-se no art. 981 do Código Civil que menciona: *Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*

Na Eireli não há nenhuma destas situações e nem tão pouco a existência do *affectio societatis*, haja vista que o titular interessado, se lança à atividade empresarial de forma individual, todavia, com limitação de responsabilidade e divisão patrimonial, que é o seu grande atrativo.

Desta forma se consegue compreender a unipessoalidade onde é empresária a pessoa jurídica da Eireli que exercita a atividade empresarial e possui, portanto, um patrimônio próprio e específico que será afetado por esta atividade e que, no conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, será formado então o seu estabelecimento empresarial como complexo de bens organizados, com regime distinto e específico previsto nos arts. 1.142 e seguintes do Código Civil. A pessoa instituidora ou criadora da Eireli é o seu titular, equiparando-se ao sócio de responsabilidade limitada.

Retomando a análise do ato constitutivo da Eireli, como um ato unilateral de vontade, e em sintonia com o disposto no art. 980-A, parágrafo 6º do Código Civil<sup>18</sup>, ousamos discordar, em parte, do posicionamento doutrinário exposto. Muito embora iniciado por uma pessoa, o ato constitutivo da Eireli, assim como as suas alterações posteriores, deterá na nossa ótica, a natureza jurídica de negócio contratual. Explicamo-nos:

Aparentemente unilateral pelo fato de existir apenas uma pessoa quando da constituição, situação que poderia aproximá-la das fundações e associações, se difere destas radicalmente no que tange a finalidade exclusivamente econômica do ato instituidor, uma vez que efetivada a regular criação da empresa individual de responsabilidade limitada como pessoa jurídica, passará esta, a partir deste ato unilateral e como efeito direto e imediato, a convergir em direitos e obrigações do titularizador para com relação à empresa;

16 Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado VI as empresas individuais de responsabilidade limitada.

17 Vide Art. 966 do código Civil.

18 Art. 980-A – 6º :Aplica-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para a sociedade limitada.

desta para com relação ao seu criador e, ainda, nas relações da empresa para com relação aos seus empregados, mercado, terceiros, fornecedores, e demais *stackholders*<sup>19</sup>, muito se assemelhando ao que Ascarelli<sup>20</sup> denomina de contrato plurilateral<sup>21</sup>, pelo menos nos efeitos práticos da criação da Eireli.

Esta situação pode também ser verificada, caso se admitisse a sua titularização por uma pessoa jurídica onde os vetores das relações de caráter obrigacional então, se dirigirão da empresa para a pessoa jurídica; da empresa para os sócios da pessoa jurídica e vice versa, aumentando a ideia de plurilateralidade ao limite da imaginação relacionada à livre forma de organização societária, com base no permissivo do Art. 170 da Constituição Federal, no âmbito do princípio da livre iniciativa.

Não se trata aqui de imaginar-se que teria havido uma autocontratação que é vedada pelo art. 117 do Código Civil, mas sim, da comprovação da existência de alteridade quando da constituição da Eireli. Por esta razão que mencionamos ser meramente aparente o ato unilateral haja vista que, naquele exato momento – com o registro, se viabiliza a criação e nascimento da empresa individual de responsabilidade limitada como ente personalizado distinto e independente.

Em contribuição da posição que adotamos acerca da natureza jurídica da Eireli, rememora-se ainda que a subsidiária integral constituída através de escritura pública efetivada por um único acionista – sociedade brasileira, como preleciona o art. 251 da Lei 6.404/76, possui natureza jurídica de sociedade empresária de direito privado e, no âmbito de suas relações com acionistas e terceiros, a relação poderá se equiparar a relação de contrato, muito embora seu ato instituidor tenha sido efetivado unitariamente de forma pública.

A posição adotada, encontra sintonia com a teoria da pessoa jurídica realidade. José Lamartine Correia de Oliveira<sup>22</sup>, a propósito, busca demonstrar que a personalidade jurídica é uma realidade socialmente ôntica, analógica à personalidade humana. Esta visão *teórica da realidade*, teve origem germânica e foi construída com base no fato de que tanto a vontade pública como a privada, são capazes de dar vida a um organismo próprio e independente que detem existência própria e distinta da de seus membros, capaz de tornar-se sujeito de direito, real e verdadeiro. A ideia básica desta visão teórica se faz no

<sup>19</sup> Aqui no sentido de partes relacionadas à atividade empresarial desenvolvida.

<sup>20</sup> ASCARELLI, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 388.

<sup>21</sup> A propósito deste tema vide Capítulo denominado O Contrato Social na obra de Adalberto Simão Filho. *Direito Societário Contemporâneo*. Pág.70.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Correia de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 16-20.

sentido de que as pessoas jurídicas, longe de serem mera ficção, são uma realidade sociológica composta de seres com vida própria, que nascem por imposição das forças sociais.

As pessoas jurídicas são corpos sociais cuja existência é declarada pelo direito e nos seus efeitos finalistas, objetivam a atuação social e econômica da empresa levando ao resultado final desta análise, às mesmas consequências práticas já definidas por Fabio Ulhoa Coelho na sua visão societária da Eireli, todavia, a partir de um outro caminho teórico.

Resumindo, a Eireli, apesar de legalmente ter sido no Brasil concebida como um novo ente, com patrimônio próprio que comporá o seu estabelecimento empresarial, distinto da pessoa do seu titular, quando da sacramentação de seu ato constitutivo pelo registro, passará a deter a natureza de negócio jurídico contratual que, nos efeitos práticos, se aproximará dos contratos plurilaterais de natureza societária, submetendo-se, portanto, às regras da sociedade limitada e, desta forma, aproximando-se da solução espanhola adotada para a SLNE.

## 6. Objeto Social

A SLNE espanhola tem caráter mercantil estatuído por força de lei, independentemente de seu objeto social. Desta forma, uma sociedade deste modelo, mesmo que apenas seja formada como uma holding company de participações, terá o caráter mercantil a demonstrar que a vontade do legislador se fez no sentido de açambarcar nesta modalidade, o maior volume possível de atividades de qualquer natureza, respeitando-se todavia, os limites especificados em lei, como as atividades específicas e reguladas de outra forma, como é o caso daquelas praticadas pelas instituições financeiras, e, ainda, daquelas onde a lei exija que para o seu implemento se constitua uma sociedade por ações ou aquelas cujo exercício impleque objeto social único e exclusivo.

Já no Brasil, a disciplina jurídica relativa ao objeto social da Eireli deve ser vista de forma ampla a partir do disposto no parágrafo 6º do art. 980 – A que prevê a aplicação, no que couber, das regras previstas para as sociedades limitadas. Desta forma, o objeto poderá ser tanto mercantil como de serviços, não se podendo mencionar que a mesma só possa se prestar a operar na prestação de serviços voltados para a exploração de atividades decorrente de direitos imateriais ou intelectuais.

O fato de o parágrafo 5º do art. 980- A - mencionar que poderá ser atribuído à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza, a remuneração decorrente de cessão de direitos patrimoniais do autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculado à atividade profissional, não deve ser interpretado como se este ente somente pudesse operar na prestação de serviços ou, ainda, como se a profissionalidade do titular fosse elemento preponderante para a escolha do objeto social.

Trata-se apenas e tão só de uma faculdade outorgada pela lei, ao titular de direitos imateriais e propriedades industriais que tenham sido objeto de negócios jurídicos com terceiros que redundem em remuneração de qualquer natureza, a seu livre critério organizacional e gerencial, de atribuir à Eireli esta remuneração, talvez como forma de aumento de capital social ou até, de integralização do capital social.

A Eireli pode ser também a própria detentora destes direitos imateriais mencionados, por meio de cessão e transferência advinda do titularizador para a mesma, desta feita, como composição total ou parcial do capital social, passando, portanto, a administrá-los como bem entenda, nos limites atinentes aos mesmos e aos contratos eventualmente existentes.

Observando-se a Eireli com relação à sua natureza jurídica em confronto com o seu objeto, do ponto de vista tributário, Ives Gandra da Silva Martins<sup>23</sup> ao mencionar que o artigo 109 do CTN determina que nada pode ser mudado no direito provado pela lei ordinária tributária a não ser a definição dos respectivos efeitos tributários, entende que é impossível alterar a natureza das empresas individuais para tratá-las, tributariamente, como se não fossem pessoas jurídicas ou como se nem fossem empresas.

Reconhece como indiscutível, o avanço legislativo que complementa o artigo 129 da lei 11.196/2005, dando-lhe maior extensão do que a que possuía a empresa unipessoal ao admitir, como pessoa jurídica individual de direito privado, qualquer tipo de atividade.

Desta forma, observando-se o princípio da livre iniciativa, qualquer objeto social será possível empreender por Eireli e, não há em absoluto qualquer compromisso de profissionalismo por parte do titular para com relação a este objeto social.

## 7. Nome Empresarial

Com as modificações decorrentes da Ley 24/2005, de 18 de novembro sobre a lei originária da SLNE onde a denominação social deste modelo era formada por nomes e sobrenomes de sócios fundadores, possibilitou-se que a constituição da razão social poderia se dar com base no nome e sobrenome de apenas um dos sócios fundadores. Criou-se mais maleabilidade na constituição da denominação social ou da razão social que, posteriormente, poderá ser modificada, a depender dos interesses dos sócios, para que estes possam eleger a melhor forma.

Já no Brasil, como nome empresarial da empresa individual de responsabilidade limitada, o titular se utilizará, a seu livre critério, da firma ou a denominação social com a

23 **Martins**, Ives Gandra da Silva. Artigo Lei. 12.441 de 11/07/2011. Publicado na obra *Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais*, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. MP Editora. São Paulo, 2012, pag. 105.

inclusão da expressão “EIRELI” a final<sup>24</sup>, devendo obedecer ao princípio da veracidade e da novidade, incorporando os elementos específicos ou complementares exigidos ou não proibidos em lei.

Quando adotar firma, esta será formada com o seu próprio nome, que deverá figurar de forma completa, podendo ser abreviados os prenomes. Caso exista nome empresarial idêntico, poderá aditar designação mais precisa de sua pessoa ou de sua atividade.

Ao adotar a denominação social, esta poderá conter o seu nome e designar o objeto da empresa, de modo específico, não se admitindo expressões genéricas isoladas, como: comércio, indústria, serviços.

Caso exista mais de uma atividade como objeto social, poderá ser escolhida uma ou mais dentre estas, para compor a denominação social. Caso se apresentar para arquivamento uma declaração de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte de forma simultânea ao ato constitutivo, é facultativa a indicação do objeto (atividade) na denominação.

Todavia, a adição ao nome empresarial da EIRELI, da expressão ME ou MICROEMPRESA e EPP ou EMPRESA DE PEQUENO PORTE, não pode ser efetuada diretamente no ato constitutivo, mas, depois de procedido o arquivamento deste pela Junta Comercial e procedido o enquadramento da EIRELI na condição de microempresa, ou empresa de pequeno porte, mediante declaração em instrumento próprio para essa finalidade. Finalizando, nos atos sociais subsequentes, se deve fazer a adição de tais termos ao nome empresarial<sup>25</sup>.

## 8. Análise do Capital Social

Na SLNE o capital social não poderá ser inferior a tres mil euros e nem tampouco superior a cento e vinte mil euros. Não se admite outra forma de aporte de capital a não ser em moeda corrente.

A disciplina de capital social da Eireli no Brasil foi regulada no art. 980 - A, nos seguintes termos: *A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no país.*

24 A Instrução Normativa n 177, de 22 de novembro de 2011 do Departamento Nacional do Registro de Comércio, aprovou o Manual dos atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada para que o mesmo possa ser observado por todas as juntas comerciais do país e, neste manual há previsões completas sobre o nome empresarial e os demais assuntos pertinentes a este ente.

25 Como previsto no Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada criado pela Instrução Normativa n.117 de 22 de novembro de 2011.

Esta exigência de valor inicial de capital integralizado gerou um forte movimento social<sup>26</sup> e há quem entenda que realmente esta estipulação valorativa é inconstitucional como Paulo Roberto Pedro Bastos<sup>27</sup> que disserta no sentido de que esta fixação de valor mínimo pela lei seria inconstitucional e deporia contra o princípio da livre iniciativa e livre fixação do capital social.

Por sua vez, H.Philip Schneider e Laura Benini Candido<sup>28</sup> apesar de entenderem que a figura do capital mínimo foi criada para tutelar a garantia dos credores como contrapartida à limitação de responsabilidade, são da opinião de que esta exigência não constitui um mecanismo efetivo para a garantia dos credores e não evita a utilização do tipo social para fraude.

Divergimos desta visão haja vista que é faculdade do empresário adequar-se ao sistema que mais lhe atende, a depender do nível de investimento pretendido na atividade. Já mencionou-se em outra oportunidade,<sup>29</sup> que o capital social tem uma função duplice, podendo tanto ser somatória das contribuições de responsabilidade dos sócios para que a sociedade possa bem cumprir o seu objetivo social como também se transformar num elemento de segurança para os credores da sociedade, na medida em que não é permitido aos sócios a distribuição de quantias ou valores necessários para a manutenção da integridade do mesmo, haja vista a sua necessidade de estabilidade e intangibilidade refletida na norma do art. 1.059 do Código Civil que expressa no sentido de obrigar aos sócios a reposição dos lucros e das quantias retiradas a qualquer título, ainda que autorizados pelo contrato, quando tais lucros ou quantia se distribuírem com prejuízo do capital social.

26 O PPS (Partido Popular Socialista) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4637) no Supremo Tribunal Federal (STF) contra a parte final do *caput* do artigo 980-A do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), que exige um capital social de pelo menos 100 salários mínimos, o que hoje equivale a R\$ 54,5 mil, para a criação de uma empresa individual de responsabilidade limitada. O dispositivo legal foi alterado em 2011 pelo artigo 2º da Lei 12.441. Segundo a agremiação partidária, “o salário mínimo não pode ser utilizado como critério de indexação para a determinação do capital mínimo necessário para a abertura de empresas individuais de responsabilidade limitada”. O partido frisa que “tal exigência esbarra na notória vedação de vinculação do salário mínimo para qualquer fim, prevista no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal”.

27 **Pedro**, Paulo Roberto Bastos. Curso de Direito Empresarial. RT:São Paulo.2014 Pág. 48. O projeto de Lei 4.605 de 2009 de lavra do Deputado Marcos Montes não previa a exigência de capital mínimo na Eireli. Esta exigência decorreu de inserção efetuada por meio do Relatório da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (“CCJ”) pelo Deputado Marcelo Itagiba, sob o argumento de se afastar possíveis fraudes que pudessem desvirtuar a iniciativa.

28 Schneider. H.Philip e Laura Benini Candido. Importância da exigência do capital mínimo para constituição de Eireli., Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli-Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto.MP Editora.São Paulo, 2012, pag. 89. Os autores informam acerca do Projeto de Lei n. 2.468/2011 proposto pelo deputado Carlos Bezerra para a redução do valor do capital social da Eireli para 50 (cinquenta) vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País, a demonstrar a impropriedade e o excesso da obrigação originária.pág.102.

29 **Simão Filho**, Adalberto. Direito empresarial Contemporâneo. Saraiva:São Paulo. 2012.



A função econômica do capital relaciona-se com a própria capacidade da sociedade para operar e funcionar com vistas à realização do objeto social, possuindo assim, duas funções básicas como preleciona Carlos Fulgencio da Cunha Peixoto<sup>30</sup> a saber: *função interna*: fixa a relação patrimonial entre os sócios e regula a participação social nos lucros e nos riscos, na conformidade da contribuição social; *função externa*: representa o capital social a segurança dos terceiros que com a sociedade entabulem negócios jurídicos, na medida em que não é permitido pela lei a distribuição do capital entre os sócios, haja vista a intangibilidade do capital social.

O capital social forma o patrimônio inicial da sociedade que não se confunde com o fundo social que é formado pelo patrimônio social. E isto porque o capital permanecerá estático no curso das atividades sociais até o momento de sua correção, atualização ou aumento ao passo que o fundo social poderá aumentar na razão do crescimento do patrimônio social e do próprio estabelecimento.

Sobre o sentido da expressão patrimônio social, como elemento de distinção entre capital social pode-se observar que a primeira representa um fator ideal constante e o segundo um fundo real variável, onde somente se concretiza uma cifra após o levantamento do balanço efetuado em dado momento. Ferrer Correa<sup>31</sup> propõe a seguinte divisão do patrimônio: *patrimônio bruto*: É o conjunto dos direitos avaliáveis em dinheiro, de que a sociedade é titular num dado momento, mais a somatória de suas dívidas; *patrimônio ilíquido*: Engloba o conjunto dos elementos ativos da sociedade, sem considerar o passivo e *patrimônio líquido*: Determina o valor do ativo após o desconto das contas passivas.

Finalmente, as regras estabelecidas pelo Manual aprovado pela Instrução Normativa n.117 de 22 de novembro de 2011 do DNRC, sobre o capital social e a sua integralização, podem ser sintetizadas da seguinte forma.

- i) **Expressão do capital:** O capital não precisa ser dividido em quotas e deve ser expresso em moeda corrente, equivalente a, pelo menos, 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 980-A, CC/2002), inteiramente integralizado na constituição ou em aumentos.
- ii) **Integralização com bens:** Poderão ser utilizados para integralização de capital quaisquer bens, desde que suscetíveis de avaliação em dinheiro.
- iii) **Integralização com imóveis:** No caso de imóvel, ou direitos a ele relativo, o ato constitutivo, por instrumento público ou particular, deverá conter sua descrição, identificação, área, dados relativos à sua titulação, bem como o número

30 **Peixoto**, Carlos Fulgencio da Cunha. A sociedade por cotas de responsabilidade limitada. 2ª ed. Vol. Forense: Rio de Janeiro. 1958.

31 **CORREIA**, Ferrer A. Lições de direito comercial. Lisboa: Lex edições jurídicas. 1994.

de sua matrícula no Registro Imobiliário. No caso de titular casado, deverá haver a anuência do cônjuge, salvo no regime de separação absoluta.

- iv) **Integralização com participações sociais:** A integralização de capital com quotas de determinada sociedade implicará na correspondente alteração do contrato social modificando o quadro societário da sociedade cujas quotas foram conferidas para integralizar o capital, consignando a saída do sócio e ingresso da Eireli que passa a ser titular das quotas. Se as sedes das empresas envolvidas estiverem situadas na mesma unidade da federação, os respectivos processos de constituição e de alteração tramitarão vinculados. Caso estejam sediadas em unidades da federação diferentes, deverá ser primeiramente, promovido o arquivamento do ato constitutivo e, em seguida, promovida a alteração contratual de substituição de sócio.
- v) **Inexigibilidade de avaliação prévia.** Não é exigível a apresentação de laudo de avaliação para comprovação dos valores dos bens declarados na integralização de capital de Eireli.

Demonstra-se desta forma, o relevo do estudo do capital social na tipologia empresarial onde prepondera a responsabilidade limitada de sócios pelas obrigações sociais.

## 9. Da Administração

A exemplo das sociedades de responsabilidade limitada espanholas, na SLNE também funciona uma junta geral cuja função é compor os órgãos sociais como poder supremo. A administração deste tipo social poderá ser formada tanto por um órgão de caráter unipessoal como pluripessoal. Todavia, há certos impedimentos pois não se deve adotar a forma e nem tampouco, o regime de funcionamento do Conselho de Administração. A administração é apanágio de sócios.

A administração da Eireli, por sua vez, será organizada na forma como preconizar o seu titular, observando os parâmetros e condicionantes legais. Poderá ser exercida por uma ou mais pessoas designadas no ato constitutivo, podendo ser o seu titular ou terceiros. Caso o administrador seja nomeado na constituição e arquivamento do ato de sua nomeação, não será exigível a apresentação do termo de posse.

Facultativa é a previsão de prazo do mandato de administrador. Não estando previsto, entender-se-á ser de prazo indeterminado. O administrador não titular considerar-se-á investido no cargo mediante aposição de sua assinatura no ato constitutivo em que foi nomeado. A declaração de inexistência de impedimento para o exercício de administração, se não constar do ato constitutivo, deverá ser apresentada em ato separado, que instruirá o processo.

A Administração de Eireli por pessoa jurídica encontra vedação expressa no Manual de Instituição deste ente, aprovado pela Instrução Normativa do DNRC.

Em caso de se indicar um Administrador estrangeiro, este deverá ter visto permanente e não estar enquadrado nas situações de impedimento para o exercício da administração.

Finalmente, o Administrador sujeitar-se-á às regras de responsabilidade previstas na sociedade limitada.

## 10. Características Principais dos Modelos

### i) O modelo espanhol SLNE

Admissão do caráter unipessoal com responsabilidade limitada

Limitação de responsabilidade econômica dos sócios;

Não cabe conselho de administração;

Administrador deve ser sócio;

Existência de capital social Máximo.

Impossibilidade de se utilizar de denominação social completa e objetiva no momento da constituição.

Numero Máximo de 05 sócios na constituição.

Facilitação de ajustes tributários em face de previsão legal do modelo.

Facilidade de criação e registro deste tipo social. (por via telemática em até 48 horas ou por via ordinária)

Não há número mínimo de sócios trabalhadores.

Não se admite constituir por um sócio mais de uma sociedade desta natureza.

Se pode controlar a entrada de pessoas estranhas ao quadro social (intuito personae)

Possibilidade de fixar salário ao sócio de trabalho.

Ampla liberdade de pactos e ajustes entre sócios.

Clareza do regime jurídico

### ii) O modelo brasileiro Eireli

Admissão de titularização por pessoa física, apontando a nacionalidade, estado civil, profissão, residência.

Ente único. O seu titular, não pode participar de nenhuma outra empresa dessa modalidade.

Capital social mínimo expresso em moeda corrente, equivalente a, pelo menos, 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País (art. 980-A, CC/2002) e devidamente integralizado;

Unicidade do capital: Por ser detido por apenas um titular, o capital da Eireli não precisa ser dividido em quotas.

Valor mínimo do capital e integralização. O capital da Eireli deve estar inteiramente integralizado na constituição ou em aumento futuros. Declaração de integralização de todo o capital em bens ou dinheiro (art. 980-A, CC/2002);

Nome empresarial. A finalização do mesmo será com a expressão Eirele.

Objeto social. O objeto não poderá ser ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável, ou contrário aos bons costumes, à ordem pública ou à moral. O ato constitutivo deverá indicar com precisão e clareza as atividades a serem desenvolvidas pela empresa, sendo vedada a inserção de termos estrangeiros, exceto quando não houver termo correspondente em português ou já incorporado ao vernáculo nacional.

Prazo de duração da empresa: Pode ser indeterminado.

Administração. Pessoa(s) natural (is) são incumbida(s) da administração da empresa, e seus poderes e atribuições; e qualificação do administrador, caso não seja o titular da empresa devem estar informados. Sendo os administradores nomeados no ato constitutivo, é obrigatória a indicação de seus poderes e atribuições.

Declaração de desimpedimento. declaração, sob as penas da lei, de que o administrador não está impedido, por lei especial, e nem condenado ou encontrar-se sob os efeitos de condenação, que o proíba de exercer a administração de empresa individual de responsabilidade limitada;

Atos privativos ou dependentes. Atos privativos ou que dependam de aprovação prévia do titular da empresa para que possam ser adotados pela administração (por exemplo, assinatura de contratos acima de determinado valor, alienação de ativos etc.);

Órgãos sociais. Atos de gestão relacionados à criação, formação e ao funcionamento de órgãos sociais. Caso o Titular pretenda criar diretorias, gerencias, designar prepostos ou auxiliares.

Atos facultativos. Qualquer outro ato de interesse do titular da empresa para a obtenção do fim social e cumprimento do objeto social.

## 11. Conclusões

A análise comparativa efetivada de forma singela neste artigo, demonstra que a limitação de responsabilidade daquele que queira empreender em forma singular ou coletiva,

longe de se transformar num sistema de auxílio à fraude como em certa época se cogitou, traz a real perspectiva de proporcionar o fomento da atividade mercantil através da criação de ambiente propício para a inversão de capitais e de negócios.

A criação de novos modelos que possam gerar ao empresário a segurança e a boa administração do risco destinado à atividade empresarial, faz com que o interesse se aumente e o mercado se harmonize pois, com regras claras todos conhecem as suas responsabilidades.

A lei espanhola possui avanços em relação à legislação brasileira de Eireli por ser mais completa e por abordar a possibilidade de se constituir sociedade pluripessoal a partir de uma sociedade que originariamente se pretendeu unipessoal, sem que se modifique as características da pessoa jurídica.

O capital social mínimo do modelo espanhol aliado ao fato de suas facilidades registrarias e tributárias, serão elementos de atração poderosos para aqueles que pretenderem se lançar na atividade mercantil.

Já no Brasil, mesmo que a criação da empresa individual de responsabilidade limitada possa não ter se materializado com todo o vigor legislativo do projeto, como informado, é certo que as poucas normas a respeito, que se transformaram em uma realidade e em mais uma opção ao empreendedor, parecem suficientes para gerar uma interpretação sistêmica a considerar a função econômica e social deste instituto.

Limitar responsabilidades de empreendedores, não significa gerar uma condição de fraude ou de simulação a partir da atividade empresarial, mas sim e tão só, dar a condição de segurança para que os capitais possam se voltar para a economia pátria, respeitando-se um conceito claro e esperado de real limitação de responsabilidade, àquele que venha a inverter seus esforços e recursos numa atividade empresarial.

A empresa individual de responsabilidade limitada, poderá bem cumprir este papel. O desafio maior será o da interpretação da norma em face dos fatos e valores do nosso tempo. Se se pretende a criação de um ambiente de negócios e de investimentos no país, há que se ter uma interpretação aberta, acerca das poucas regras de constituição deste novo ente.

E é dentro deste espírito que defendeu-se neste artigo a possibilidade de pessoa jurídica ser a titular e criadora da empresa individual de responsabilidade limitada, como parte de seu livre direito de organização e gestão da atividade empreendida, na forma como melhor lhe parecer. Todavia, sobre este tema, há que se respeitar os ditames do D.N.R.C. para quem somente uma pessoa natural poderá titularizar um ente desta natureza, ou ainda, aguardar o que for definido no futuro pela jurisprudência pátria sobre a espécie.

Os países tem muitas experiências a trocar no campo das inovações que apresentaram e quanto mais oportunidades se proporcionar para o fomento e incremento da

atividade empresarial, clareando as condições de exercício, delimitando responsabilidades, ofertando condições reais de crescimento, criando sistemas apropriados para gerar a transformação de tipos sociais ou a criação de mais empresas ou sociedades que claramente possam definir responsabilidades de sócios, mais pessoas serão atraídas à atividade empresarial, tornando-se competitivas e eficientes, com acesso a capitais, melhorando a possibilidade da produção e circulação de riquezas. A geração da inclusão social por meio da atividade empresarial, proporcionará mais empregos e o desenvolvimento com sustentabilidade das relações empresariais, econômicas humanas e sociais.

## 12. Referências

- ARAGÃO**, Paulo Cesar e **DA CRUZ**, Gisela Sampaio. Empresa individual de responsabilidade limitada: O “moderno Prometheus” do direito societário. Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2012.
- ASCARELLI**, Tullio. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.
- COELHO**. Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva 18ª Ed, Vol.2, 2014.
- CORREIA**, Ferrer A. Lições de direito comercial. Lisboa: Lex edições jurídicas. 1994.
- DORNELES**, Francisco. Novas perspectivas para os empreendedores brasileiros. Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora. 2012
- GONÇALVES NETO**. Alfredo de Assis. Direito de empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª Ed.2014.
- LACERDA**, Maurício Andere Von Bruck Empresa Individual de responsabilidade Limitada- Eire li. Desafios e Perspectivas, artigo publicado na Revista eletrônica FMU Direito, ano 27, n.39, p.151, 2013.
- MACNAUGHTON**, Charles William, in Titular estrangeiro na Eireli. Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2012.
- MARTINS**, Ives Gandra da Silva. Artigo Lein. 12.441 de 11/07/2011. Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e

legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2012.

**NUNES**, Márcio Tadeu Guimarães. EIRELI- A Tutela do patrimônio de afetação. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

**OLIVEIRA**, José Lamartine Correia de. *A dupla crise da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva 1979.

**PEIXOTO**, Carlos Fulgêncio da Cunha. A sociedade por cotas de responsabilidade limitada. 2ª ed. Vol, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

**PASTORE** Ana Claudia e **SIMÃO FILHO**, Adalberto. In Aplicabilidade da convenção arbitral no âmbito da empresa individual de responsabilidade limitada. Artigo publicado na obra Empresa Individual de Responsabilidade Limitada- Eireli- Aspectos Econômicos e legais, org. Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo:MP Editora, 2012.

**PEDRO**, Paulo Roberto Bastos. Curso de Direito Empresarial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

**SCHNEIDER**, H.Philip e **CANDIDO**, Laura Benini. Importância da exigência do capital mínimo para constituição de Eire li, Publicado na obra Empresa individual de Responsabilidade Limitada-Eireli- Aspectos econômicos e legais, organizada por Pedro Anan Junior e Marcelo Magalhães Peixoto. São Paulo: MP Editora, 2012.

**SIMÃO FILHO**, Adalberto. Direito Societário Contemporâneo. São Paulo:Saraiva. 2012.

# A PESSOA NO SEU ASPECTO ESSENCIAL E FUNCIONAL OU SUJEITO DE DIREITOS?

---

CARLA EUGENIA CALDAS BARROS

Professora do Mestrado em Direito da UFS, leciona a disciplina Direito Constitucional Empresarial E Seminários de Pesquisa, email: carlaeugenia2010@gmail.com

CONSTANÇA MARCONDES CESAR

Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe; membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e do Instituto de Filosofia Luso-Brasileira, e-mail: cmarcondescesar@msn.com

## Resumo

Partindo das reflexões de Ricoeur sobre a noção de pessoa, examinaremos sua contribuição para a complexificação da noção, na filosofia contemporânea e suas implicações nos diferentes campos em que o Direito se manifesta hoje em especial no Direito do Consumidor, Empresarial e Direitos de Personalidade. Examinaremos o percurso do conceito de pessoa e do direito natural e seus desdobramentos no campo do Direito, ao longo da história, bem como o enriquecimento progressivo da compreensão do homem e da consideração de sua vida na comunidade humana, para que ela expresse de modo crescente, a busca do Estado de Direito, a paz e a justiça de modo a superar os conflitos e paradoxos entre os terceiros que caracterizam a sociedade técnica contemporânea em vários ramos do direito.

## Palavras-chave

Pessoa; Direito Fundamental; Direito natural.

## Abstract

Building on Ricoeur's reflections on the notion of person, we will examine its contribution to the complexity of the notion in contemporary philosophy and its implications in the different fields in which the law manifests itself today especially in the Consumer Law, Corporate and Personality Rights. We examine the route of the concept of person and of natural law and its developments in the field of law, throughout history, as well as the progressive enrichment of the understanding of man and the account of his life in



the human community, so she expresses increasingly, the search for the rule of law, peace and justice in order to overcome the conflicts and paradoxes among third parties that characterize contemporary art society in various branches of law.

## Key words

Person; Fundamental rights; Natural right.

## 1. Introdução

O ponto de partida da reflexão de Ricoeur sobre a especificidade do direito é a meditação sobre “Quem é o sujeito do Direito? “Gostaria de mostrar que a questão jurídico formal “ quem é o sujeito de direito/” não se distingue, em última análise, da questão moral formal”, quem é o sujeito digno de estima e respeito?”(..) E a questão moral formal remete, por sua vez a uma questão de natureza antropológica: quais são as características fundamentais que tornam o *si (self, Selbst, ipse)* capaz de estima e respeito?<sup>1</sup>

Pode-se dizer que na obra de Ricoeur há uma complexificação das noções de pessoa e de sujeito, que caracterizou a filosofia moderna. Ao estudar as contribuições à crítica do cogito em Freud, Nietzsche e Marx, e ao refletir acerca da distinção entre o si e o eu, é que o filósofo francês propõe, de forma inovadora, o exame da questão do mesmo e do outro e seus reflexos nos planos jurídico e moral.

O primado da pessoa é afirmado por Ricoeur em diversos textos. Para Ricoeur, a pessoa é o homem, ser consciente de si, livre, que tem como tarefa tornar-se si mesmo, realizar suas possibilidades de existência. A consciência, segundo o filósofo, não é um dado, mas uma tarefa, que engaja a vida inteira. Tornar-se consciente de si, ser fiel a si mesmo, reconhecer a si e aos outros, seus parceiros sem grande aventura do existir, é o que cabe a todo homem, enquanto pessoa, ser espiritual. Inscrever no mundo a dimensão do espírito, reconhecer-se e reconhecer o outro como um análogo a si mesmo, implicará, para o indivíduo, o estabelecimento de laços profundos entre a ética e a política, de modo que a ação esteja voltada para a realização da paz e da justiça. Esta última tem como finalidade expressar o *justo*, entendido como o difícil ponto de equilíbrio entre o legal e o bom.

A correlação supra indicada entre a valorização do homem como pessoa e a promoção da justiça e da paz, pelo estabelecimento de laços estreitos entre o ético, o político e o econômico são visíveis na obra de Ricoeur. A *justiça* é expressão do *bem*, através da *lei*, temas centrais na reflexão ricoeuriana sobre o Direito.

1 RICOEUR, Paul. **O justo I A justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21.

Para estudar a contribuição de Ricoeur, é preciso tomar como ponto de partida de nossa investigação a compreensão que o filósofo tem da consciência: esta não é um dado imediato, mas uma tarefa. O pensamento filosófico, desde seus primórdios, valorizou a autoconsciência<sup>2</sup>, a busca de um saber verdadeiro sobre si mesmo. Conhecer a si mesmo, saber de si, é identificar-se com a alma racional, com o *logos*; é, também, principalmente a partir da Idade Média, meditar sobre a pessoa, ser espiritual, dotado de consciência e de liberdade.<sup>3</sup>

A via escolhida por nosso filósofo começa pela meditação sobre a noção de identidade, de ipseidade. Opondo o si ao eu, o pensador reflete sobre a noção de mesmidade. Identificando-a permanência no tempo, vai chamá-la de identidade-idem. Reconhece também a identidade-ipse, associada à noção de si; põe em cena uma dialética entre ipseidade e mesmidade, e a a dialética do si e do outro distinto de si.<sup>4</sup>

Ricoeur caminha na sua busca, na pergunta *Quem*, referente ao sujeito, em direção à noção do que seja o sujeito capaz. E, nesta busca, de forma ascendente, ele nos apresenta “as mediações de ordem interpessoal e institucional que possibilitam a transição do sujeito capaz a um sujeito de pleno direito que se expressa no plano moral, jurídico e político. (...) Ela<sup>5</sup> constitui o referente último do respeito moral e do reconhecimento do homem como sujeito de direito. Se é possível atribuir-lhe esta função, isso decorre de seu nexos íntimo com a noção de identidade pessoal ou coletiva.”<sup>6</sup>

“O que falta ao sujeito capaz, cujos níveis de constituição acabamos de percorrer, para que ele seja um verdadeiro sujeito de direito? Faltam-lhe as condições de atualização de suas aptidões. (...) que se costuma situar sob o emblema do diálogo entre “eu” e “tu”...Somente essas relações merecem ser qualificadas de interpessoais. Mas a esse face-a-face falta a relação com o terceiro que parece tão primitiva como o tu. Esse ponto é da maior importância, se quisermos entender a passagem da noção do homem capaz para o de sujeito real de direito.”<sup>7</sup>

2 “Distinguindo, com Heidegger, entre a consciência moral (Gewissen) e a consciência fenomenal (Bewusstsein), e ligando a primeira forma de consciência à atestação e ao Selbstheit, e a segunda forma ao Dasein, “modo de ser que somos a cada vez”, Ricoeur assinala a noção de cuidado (Sorge) como o elemento de ligação entre a primeira e a segunda forma de auto-consciência e como fundamento de nosso ser no mundo. O cuidado adquire, assim, uma dimensão de categoria ontológica, descritiva de nossa condição”. CESAR, Constança Marcondes. O mesmo e o outro : uma perspectiva sobre a noção de pessoa em Paul Ricoeur, *Ágora. Papeles Filosóficos*, vol.25, n.2, Universidade de Santiago de Compostela, 2008, p.197-206.

3 CESAR, Constança Marcondes. O mesmo e o outro : uma perspectiva sobre a noção de pessoa em Paul Ricoeur, *Ágora. Papeles Filosóficos*, vol.25, n.2, Universidade de Santiago de Compostela, 2008, p.197-206

4 Idem idem.

5 capacidade.

6 RICOEUR, Paul. **O justo I A justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21.

7 Idem. P. 25.

É neste momento da construção do pensamento de Paul Ricoeur que ele remonta aos conceitos de capacidade e efetivação, fazendo da linguagem o suporte da relação interpessoal do diálogo. Ao se debruçar sobre a linguagem, sobre a ética, sobre a ação c Paul Ricoeur chega à concepção de *identidade narrativa* relacionada com a identidade pessoal. Ressalta o filósofo que um dos lados da compreensão da alteridade é o do confronto entre sujeitos, que passa a existir quando o eu e o terceiro (o outro) interagem.

Ainda no pensamento do filósofo, no texto “Ética e Política”, as interseções entre ética, política e economia são consideradas, para expressar a originalidade dessa relação, no mundo contemporâneo. Abordando inicialmente o político nas suas relações com o econômico e o social, o filósofo prossegue seu exame considerando o político em relação ao Estado e, finalmente, as características da intersecção entre a Ética e a Política, com a finalidade de entender a luta do homem contra a natureza, mediante a racionalização do trabalho e do consumo. Recorre também a Aristóteles, para descrever o econômico como deveria ser: um espaço de cooperação, para tornar a vida melhor; e a Hegel, para descrever a vida econômica como um “Estado externo” que controla a vida nas comunidades históricas. A distinção entre *sociedade* e *comunidade*, será essencial para o exame de Ricoeur dos laços entre o econômico e o político. A sociedade diz respeito à vida segundo as regras ditadas pelo Estado; a comunidade implica comunhão e adesão voluntária a regras que expressam a vida de um grupo e sua história, sua cultura, suas tradições. A técnica, expressando a vida econômica, disciplina o sujeito individual levando-o a perceber que não pertence apenas ao grupo restrito de sua comunidade, mas, antes, se insere na vida humana universal.

Criticando a estruturação da sociedade contemporânea, que se caracteriza pela prioridade da economia e da técnica em relação aos valores propriamente humanos, Ricoeur mostra que o político tornou-se mera variante do econômico, refletindo a alienação em que vivemos. Dessa redução do político ao econômico, surgem conflitos agudos entre o ético e o político, agravado por uma profunda insatisfação dos indivíduos que compõem tais sociedades. A razão de insatisfação consiste no fato de, sendo definida apenas em termos econômicos, a sociedade torna-se marcada pelo confronto de grupos rivais, pelo isolamento dos indivíduos e pelo trabalho que expõe uma racionalidade caracterizada, ao mesmo tempo, por ser perfeitamente técnica e “humanamente insensata”; pela “apologia do cálculo eficaz”, que produz “o estranho paradoxo na qual as sociedades avançadas de hoje estão encerradas (...) competição tecnológica” acirrada e, concomitantemente, dissolução “do núcleo ético-político dessas sociedades” .

Contra essa destruição do humano, na sociedade contemporânea, Ricoeur aponta o remédio: a intersecção entre a ética e a política, que pode restituir “ao político sua dignidade própria”, fazendo valer a sua “exigência da autonomia face à economia e à técnica”, graças a uma ação racional, “inseparável (...) da moral viva, da intenção ética”.

A comunidade organizada como Estado articula diversas atividades e instituições, de modo que, através do Estado, ela possa se exprimir mediante ações racionais e práticas coletivas. A cidadania é estudada no campo da filosofia política quando esta trata da ação racional do indivíduo, enquanto pertencente a uma comunidade histórica. O que define o Estado é sua finalidade, que é a de auxiliar uma comunidade a “fazer sua história”, sobreviver, ter existência durável. Nos Estados totalitários, o poder e expressa como força; no Estado de Direito, como poder racionalmente constituído, que assegure a igualdade perante a lei, “a educação de todos para a liberdade, pela discussão”, o debate, sobre a forma de ser conduzida a vida em comum.

O Estado-educador é o que assegura “a síntese entre o racional e o histórico, entre a eficácia e o justo”. Apresenta-se como uma ideia-reguladora, no sentido kantiano: uma ideia que, como valor-horizonte a ser buscado, inspira a ação: aquela que expressa a liberdade, consolidada através do livre debate, nas escolas, universidades, mídias, vida cultural .

No plano da vida política, na sua relação com o Estado, no mundo contemporâneo, na opinião de Ricouer, só uma fundamentação ética forte pode assegurar a sobrevivência da humanidade, sua liberdade e sua convivência apoiada na justiça e nas leis. A dimensão ética consiste, no âmbito da vida política, na busca do Estado de Direito, na criação de espaços de liberdade, de igualdade perante a lei, e da não violência.

Diz Ricouer: “O Estado de direito (...) é a efetivação de intenção ética na esfera do político”.

O estado de Direito é a realização, no plano dos governos, de virtude da prudência; é o ponto axial da noção de democracia, tal como Ricoeur a entende.

A liberdade se realiza através da discussão, do debate, que permite a formação da opinião pública reta, assegurando a participação dos cidadãos na condução de seus destinos.

A democracia assim concebida diminui o espaço entre o povo e o governo, possibilitando o acesso, para um número crescente de cidadãos, à participação nas decisões que concernem à comunidade a que pertencem.

Quando maior for o consenso assim obtido, mais sólido e mais racional será o Estado. Nele, uma moral de convicções e na moral de responsabilidade devem se interseccionar, sem se confundir. Não se trata de socializar o político, nem reduzir o político ao ético, nas sociedades pluralistas do mundo atual. Trata-se de exercitar a tolerância, de considerar a possibilidade de se estabelecer, mediante respeito e justiça, laços com o outro, com o diverso de nós.

Que significa a oposição entre legal e bom, que aparece no título da conferência no Instituto Superior de Estudos Judiciários em Paris, em 1991, e publicada e, no mesmo

ano, e como se conecta com a mediação de Ricoeur sobre o justo ou a justiça? Significa uma dialética entre o legal e o bom, inerente à ideia justiça entendida no sentido kantiano, como ideia reguladora, valor-horizonte que se reflete na prática social.

Sob o impacto da filosofia kantiana, a perspectiva deontológica a respeito da justiça se tornou dominante. O justo é pensado como conformidade à lei, ao dever, à legalidade. É estabelecida, assim, uma identificação entre justiça e igualdade, uma proporcionalidade: a justiça está para as instituições como a amizade, a solicitude estão para as relações interpessoais.

A noção de homem como pessoa e que se relaciona com terceiros se espelha na consciência coletiva, e se exprime em leis emanadas pelo Congresso Nacional e por outros meios jurídicos, como procedimentos de mudança em seara constitucional, como normas de revisão e bem como princípios e procedimentos institucionalizados no seio da sociedade civil. Aparece no direito civil, no direito empresarial, no direito penal, no direito tributário, propriedade intelectual, direitos da personalidade e outros. Fato que não vem ocasionar nenhuma desagregação à ordem jurídica<sup>8</sup>, por surgimento de novos ramos do Direito. É o homem em relação consigo mesmo, no tempo e no espaço, o homem em relação com *o tu*, com quem vai se comunicar através da linguagem, que faz surgir relações jurídicas. E, em nada, viria a prejudicar a unicidade do direito que é mantida, agora, sobre vários olhares e saberes.

## 2. Direito Natural e Direito Positivo

O Direito para os Antigos estava subordinado à vontade dos deuses. Dessa forma as leis sempre se colocaram como justas, visto que, não seria possível serem os deuses responsáveis por injustiça. Assim tanto na Grécia como em Roma, ou para os egípcios e o povo israelita, sempre se cumpria o Direito como vontade de suas perspectivas divindades. E, alguns casos, mediante a identificação de seus soberanos com a divindade, e outros como sacerdote que percebiam a palavra divina enfim, tornava-se impossível o questionamento das leis ou do Direito.

Na Grécia, esta visão místico-religiosa passa a ser examinada, criticada principalmente pelo desenvolvimento forma democrática de governo notadamente em Atenas,

8 A ordem jurídica assim entendida, como a regra social obrigatória que a sociedade edita por seus órgãos institucionalizados no poder, constitui o Direito Objetivo/positivo. Este como reflexo da sociedade subjacente, e, também, fator condicionante dessa realidade, afigura-se uma resposta social á conduta anômica cuja exacerbação ou mesmo a eclosão, por sua interveniência, serão evitáveis. Pontes de Miranda afirma em seu Tratado de Direito Privado, Tomo I, p. 8/9 afirma ter sido a regra jurídica, a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social. É no momento em que os comportamentos já não se ajustam aos controles informais que entra em jogo a norma jurídica e dentro da ordem jurídica, existem regras que objetivam a conformação de comportamentos de indivíduos ou grupos a outras regras de Direito que demonstram baixo poder de persuasão ou até mesmo, por ser frágil na sua eficácia, seja fácil de manipulação. A ordem jurídica se estabelece nas metas culturais, como valores, como também como meios socialmente admitidos para se chegar a tais metas citadas.

quando as leis passam a ser fruto de decisões humanas, de homens reunidos em Assembleias. Nesta época frutificaram diversas interpretações acerca do Direito, destacando-se a afirmação dos sofistas sobre serem as leis derivadas da vontade da maioria, um obstáculo à vontade dos mais fortes. Os gregos pensavam que tanto a natureza física como a social regia-se por leis simples, eternas, universais. Os sofistas<sup>9</sup> vão fundar as leis no debate, na discussão, característicos da democracia. Podemos afirmar que os sofistas têm muito em comum com os defensores do direito natural, no período do iluminismo.<sup>10</sup>

Numa perspectiva diferente, Platão percebia ou identificava nas leis à virtude das instituições, à sabedoria, que inspirava a organização da sociedade, de tal forma que se mantivessem o equilíbrio e a paz social. Em termos de organização estatal para a elaboração e administração das leis desejava um governo de sábios, autocráticos, na ausência ou na impossibilidade eventual de se ter um soberano sábio. Segundo Platão o Estado é o grande educador do homem. Dessa forma, o Direito como expressão do conhecimento dos sábios seria sempre carregado de justiça, pois a virtude (o bem) era o fundamento das leis.

Aristóteles<sup>11</sup> avançava um pouco mais em relação à ideia platônica de Direito e de justiça, já por conhecer as ideias de final de vida do mestre, após a fracassada experiência deste na Magna Grécia, mais para ver nas leis um conteúdo ético, de justiça, como fim a ser buscado pelos soberanos. Aristóteles afirmava que a lei natural se realiza através do Direito positivo, que aplicava a justiça conforme as circunstâncias do momento ou época histórica. Assim dever-se-ia ajustar a lei existente à solução ideal. Diz Bodenheimer: Aristóteles “Concebeu uma forma de Estado baseado no Direito como sendo o único modo prático de conseguir uma existência satisfatória, para ele o principal objetivo da organização política”.<sup>12</sup>

Esta face metafísica de evolução do Direito Natural construiu-se em extraordinário avanço em relação ao período místico religioso que apontamos e veio a traçar poderosas diretrizes teóricas para construção de todo o pensamento ocidental até os nossos dias.

9 “os sofistas valorizaram primordialmente as relações interpessoais, imprescindíveis para a existência do Direito, ajudaram a aprofundar discussões políticas, debates morais, escritos históricos e filosóficos, o importante e polêmico debate promovido acerca dos conceitos de *nomos* e *physis*, a convenção e a natureza” DE AVILA, Flávia. *Direito e Direitos Humanos: abordagem histórica-filosófica e conceitual*, Curitiba: Editora Appris, 2014, p.23.

10 “Du Droit naturel sofistique lorsqu’il oppose le droit positif en vigueur au Droit Naturel, est d’établir non seulement la perfectibilité accidentelle, mais l’injustice des lois. Les lois ne représentent pas, aux yeux des sophistes, une valeur sacrée de la Polis, fruit de la tradition et garantie de sa conservation; elles sont des instruments artificiels servant les intérêts des puissants.” ROMMEN, Henri. *Le Droit Naturel Histoire et Doctrine*, Paris: Eglhoff, 1945, p.23.

11 Considerado por alguns, o pai do direito natural pois a sua teoria do conhecimento e da metafísica subsidiaram à ética e por conseguinte ao direito natural, um fundamento sólido.

12 BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito**, pg. 24 in *Políticos*.

Com a decadência do Império Romano e o ulterior surgimento do Cristianismo verificamos o soterramento da cultura grega, colocada como visão pagã do mundo, e assistimos ao desenvolvimento de ideias que procuravam definir o mundo segundo a vontade de um só Deus, que tudo determinava, segundo a interpretação da Igreja.<sup>13</sup> Neste sentido, ciência e religião eram uma só coisa, um só objeto. O Direito surge nesta mesma visão, não mais como uma vontade direta da divindade, mas como vontade humana submetida à divindade. Como vontade humana, falível, razão porque dever-se-ia sempre buscar nas palavras de Deus, apresentadas pela Igreja, a inspiração na produção das leis. Tanto mais Leis seriam justas, tanto mais se aproximassem da doutrina cristã. Como expoente deste pensamento, podemos citar São Tomás de Aquino<sup>14</sup>, fundador da escolástica, que fundamentava o racional com o produto direto da força divina, vinculado à noção de que a inteligência venha a ser dom de Deus aos seus filhos diletos. O Direito Natural é apenas um reflexo incompleto e imperfeito dos ditames da razão divina, porém ele habilita o homem a conhecer ao menos alguns dos princípios da *lex aeterna*, dizia Santo Tomás de Aquino na Summa Theologica, onde todos os atos virtuosos são prescritos pela lei natural.

Esse pensamento dominante em toda a Idade Média e que nada mais era que o fruto das alianças entre a Igreja Católica e os diversos soberanos em que aquela detinha o monopólio da ciência, da cultura e da religião, as quais coexistiam submetidas a um Direito Canônico, ao lado do poder dos Estados que geriam os elementos da vida material dos homens, sem prejuízos das influências do D. Canônico, no Direito Comum. Nessa fase inicia-se o desenvolvimento de um Direito Internacional incipiente tendo em vista de um lado os conflitos sempre existentes e de outro o poder dos Papas que proporcionaram incerto equilíbrio de forças.

Outra grande contribuição doutrinária da escolástica da época renascentista é o direito das pessoas<sup>15</sup> que é o direito das pessoas que convivem em comunidade, sendo o direito positivo das mesmas.

13 “Les Pères de l’église ancienne utilisèrent le Droit Naturel stoicien, dans les axiomes duquel ils trouvaient des principes d’argumentation pour annoncer la Doctrine chrétienne d’un Dieu personnel, Créateur, auteur de la loi éternelle et de la loi morale naturelle, promulguée par la voix de la conscience et de la raison.” Rommen, Henri, op. Cit. P.56.

14 “De la dépendance intime de toute loi positive par rapport à la loi naturelle Saint Thomas déduit avec raison que le droit positif ne peut pas contredire le Droit Naturel: dans l’exacte mesure où il le contredirait il ne serait en aucune façon une loi et ne pourrait pas obliger en conscience; car c’est précisément dans l’obligation de conscience que réside la force et la signification de la loi.” ROMMEN, Henri, p.76/77.

15 “La norme fondamentale de ce Droit des gens positif, outre les principes du Droit naturel est immédiatement le principe: Pacta sunt servanda. Les Droit positif des peuples concerne la Doctrine de la guerre, de l’armistice, de la paix, des échanges internationaux, des contrats de commerce et enfin le droit diplomatique.” Ibidem p. 91/92.

É a época de Hugo Grotius<sup>16</sup> e o ápice da doutrina de forma sintética “*pacta sunt servanda*” no direito natural e com o direito positivo, a qual já vinha se delineando anteriormente pela escolástica. É a passagem do direito natural metafísico para o direito natural racional. Grotius define o Direito Natural como “um ditame da reta razão, que nos mostra que um ato, conforme esteja ou não em conformidade com a razão natural, contém em si mesmo uma qualidade de baixeza ou de necessidade moral”.<sup>17</sup> Para Grotius, duas são as fontes por ele consideradas como base para se conhecer a ordem humana: a sociabilidade e a razão.

Porém, o mais importante para evolução do pensamento jurídico, apesar da Idade Média de ter sido chamada da Idade das Trevas, foi ter surgido a possibilidade aberta de uma crítica do Estado e do Direito em razão de uma preocupação provocada quanto à origem e justificação do poder público. Ora, numa época em que embora unidos por alianças políticas, Igreja e Estado desenvolvem-se separadamente com ideologias próprias, buscam os pensadores a justificação das leis, que não são monopólio da intelectualidade eclesástica, que as asseguravam através da interpretação do discurso da palavra divina no sentido de sempre procurar adequá-la, quando não fosse evidente o laço entre o texto sagrado e a situação concreta.

Para o enfraquecimento do poder político da Igreja, que em alguns Estados já tornava possível o questionamento da visão católica do mundo, foram surgindo pensadores que procuravam examinar as condições do desenvolvimento social e político dos povos, como por exemplo a Reforma proposta por Lutero e Calvino, que abriu espaço para a dissociação do pensamento científico em relação ao pensamento religioso principalmente com uma nova hermenêutica/ interpretação dos textos cristãos.

Por outro lado o desenvolvimento do absolutismo a partir das disputas pelo poder político nos diversos Estados proporcionava o surgimento de um pensamento mais racional ou realista da elaboração do Direito e da justificação do estado.

Aberto estava o caminho para o Renascimento onde se buscou a inspiração dos clássicos gregos para revitalização do pensamento ocidental já saturado do dogmatismo hermético e já então estéril das ideias prevalecente pelo longo período da Idade Média. Preparava-se então, o pensamento que iria ganhar força na sustentação da revolução teórica e prática realizada por uma burguesia cidadina ascendente. É a época de Maquiavel, Erasmus, Beccaria, e principalmente Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu. A concepção

16 “Le mérite impérissable de Grotius est d’avoir systematisé le Droit des gens et de lui avoir donné une solide base naturelle. (...) Mais, Il ne sait plus distinguer nettement, comme l’avait fait Suarez, entre le contenu Naturel et le contenu positif du Droit des gens, ce qui amènera Pufendorf à identifier le Droit Naturel et le Droit des gens.” Ibidem, p.98.o

17 *De jure Belli ac Pacis* – Clássicos de Direito Internacional;



do Direito natural vincula-se a uma ideia abstrata e imaginária da natureza humana. Já vimos que na Antiguidade justificava-se o Direito por ser ele nada mais, nada menos do que a expressão direta da vontade divina. As leis eram leis divinas.

O Renascimento veio proporcionar uma efetiva volta à natureza com preocupação central da filosofia ocidental. Se é verdade que tanto na Antiguidade como nos séculos que se seguiram a ideia da natureza fora estabelecida diretamente por Deus, ou pelos homens no desenvolvimento da sua inteligência, é na retomada do pensamento grego pelos renascentistas, influência esta que se espalhou por todas as manifestações culturais (artes, pintura, teatro, música), que a ideia da existência de um Direito natural ganhou contornos teóricos definidos.

Na modernidade, Hobbes preocupado com a justificação do Estado vai estabelecer o seu princípio: o homem o lobo do homem, o Estado só pode se fundamentar na necessidade de disciplinar a vida em sociedade a evitar que os homens se destruam entre si. Via ele que a grande questão humana vinha a ser a conciliação de duas necessidades básicas – a segurança e a liberdade. Todos os homens ao nascerem livres e egoístas pretendem no exercício de sua liberdade, submeter os outros a sua vontade. Por ser de todo impossível a coexistência das diversas vontades individuais livres no mesmo espaço social, é necessário que cada qual abra mão de uma parte substancial dessas vontades livres para transferi-las a um soberano – ou Estado que exercerá a força recebida de cada um de seus súditos para coibir em todos, o excessivo egoísmo desestabilizador da ordem social. O Estado (*Leviatã*) forte é a opção necessária de todos pela segurança. Em consequência Hobbes estabelecia que as leis ditadas pelo soberano não poderiam nunca serem desobedecidas, já que justificadas pela opção da entrega da liberdade. Apenas em casos extremos em que os soberanos claramente estivessem utilizando a força decorrente da cessão das diversas liberdades individuais, não em proveito de todos, mas apenas para si mesmo.

Montesquieu escreve o *Espírito das leis*, e formula sua clássica divisão de poderes de forma a resguardar os cidadãos da mão forte dos governos. França, Inglaterra e, mais tarde, os Estados Unidos, formularam suas constituições liberais que preservam os valores fundamentais do homem, sempre estabelecendo a liberdade como o direito natural de todos.

Rousseau parte da ideia de que a origem e a fundamentação do Estado e do Direito devem ser verificados na própria natureza dos homens reunidos em sociedade, entretanto via ele o homem naturalmente bom, sendo a sociedade, o seu elemento corruptor, daí porque a necessidade de que se estabelecesse um Contrato Social que proporcionasse aos homens colocados individualmente manterem-se o mais próximo possível do seu estado natural. Liberdade, e não repressão é o objetivo do Estado. As leis que deveriam ter sempre em vista a manutenção da maior liberdade possível de todos os indivíduos. Esta

última ideia vem a ser desenvolvida por Locke que já procurou traçar os contornos do exercício do poder. Para Rousseau, a vontade geral é a ideia central da sua filosofia; a lei deve ter um caráter de generalidade e ser igualmente aplicável a todos, nos limites das suas determinações.

Estas ideias eram, sob medida, para a fundamentação do movimento burguês que a partir do desenvolvimento do comércio e da pequena indústria vinham progressivamente acumulando poder político com vistas à transformação de toda a civilização ocidental no que seria chamado de Revolução Liberal.

O Direito tem por base, finalmente, a racionalidade humana, social, com a participação plena de cada indivíduo em sua formação. É o tempo da Revolução Francesa, do forte conteúdo valorativo – liberdade, igualdade e fraternidade – não porque transmitido por deuses ou filósofos, mas porque próprio da própria existência da sociedade. O homem é um animal político, ser social. E a razão humana haveria que construir o Estado e as leis que pudessem manter os indivíduos em paz e livres. É a época dos enciclopedistas, dos pensadores que procuravam a configuração de um Estado que nunca permitisse a volta ao passado da repressão das liberdades, notadamente do livre pensar. No campo econômico, o Estado não poderia interferir no livre-comércio, não deveria possuir riquezas, mas apenas o necessário para manter os serviços públicos.

No fim da modernidade, Adam Smith, cujo *A Riqueza das Nações*, mostra que a mão invisível dos mercados, através da oferta e da procura, propiciaria a prosperidade geral. E Ricardo defende o livre comércio, livre-cambismo de modo que, cada povo produzisse o que lhe fosse fácil, e trocassem entre si, sem barreiras alfandegárias, gerasse prosperidade internacional. É a separação da Igreja do Estado, tempo da liberdade de crença. É época em que se devia fugir das coletizações, como os sindicatos, que lembravam as corporações de ofícios, já que cada qual deveria ter a liberdade de trabalhar como lhe aprouvesse. Enfim, a razão humana apontava sempre em direção à liberdade individual como o fim de toda a vida em sociedade, sempre fundada na natureza.

### 3. A Reação Positivista

A Revolução Industrial, que efetivamente mudou a face do mundo no século XIX, trazia em seu bojo toda uma série de consequências desastrosas que fariam tender o pêndulo da história humana para o lado da visão hobbesiana. A igualdade jurídica é sufocada pela desigualdade econômica. Ora, como ser livre, vendo seus filhos trabalharem em ruínas de carvão de 14 a 16 horas por dia? Como ser livre sem comida, descanso e lazer? Para que liberdade e igualdade se faltam as condições mínimas de sobrevivência? E, mais, que liberdade, que igualdade, se uns vivem bem, e outros mal sobrevivem? Liberdade de estar preso às fabricas? Começa a reação à situação desumana.

A questão social avoluma-se, trazendo seguidas revoltas populares. Ideias que apontavam na direção da verdadeira igualdade, da verdadeira liberdade, desenvolviam-se cada vez mais. Eram os socialistas, utópicos, cristãos, solidaristas, etc. que mostravam a condição humana e pensavam o mundo da liberdade e igualdade como sendo o da repartição da riqueza entre todos. Na Alemanha, o pensamento de Kant o luminar da filosofia ocidental, no século XVIII e que não chegou a viver diretamente a revolução liberal, a função do Estado é garantir o cumprimento da lei fundada na razão e na valorização da pessoa humana. Hegel, no século XIX, herdeiro e crítico da tradição kantiana afirmava necessidade de um Estado forte que representasse o Espírito Nacional, a Vontade Absoluta. Na vertente esquerdizante dos herdeiros de Hegel nasce o marxismo, chamado de socialismo científico, pretendendo abolir a propriedade privada, exterminar os burgueses, erigir a ditadura do proletariado.

Nesse mundo de crises sociais, que caracterizaram a segunda metade do século XIX, decorrentes da miséria produzida pelo capitalismo selvagem, de desajustes econômicos internacionais que iriam mais tarde preparar as guerras do século XX, fomentavam-se as ideias que iriam, de um lado, questionar a própria existência de direitos naturais e, de outro, estabelecer os direitos sociais (ou coletivos) que provocariam um avanço cada vez maior do Estado em relação aos indivíduos, até chegar à sua confirmação moderna – o fascismo, o nazismo, o comunismo.

E, é na esteira das crises sociais que vai perdendo o Direito Natural a importância que conseguiu conquistar. Montesquieu, Rousseau, Locke, e Kant dão lugar a Hobbes, Hegel e Marx. O contrato social perde sentido frente ao Leviatã, a igualdade formal cede à igualdade proletária, a divisão de poderes é substituída pela unidade do Poder Absoluto, do Espírito Nacional, a lógica clássica é questionada pela lógica dialética.

Era necessário fazer algo para salvar o ideário da revolução burguesa, os valores da civilização ocidental, da natureza humana, estavam em perigo. A solução foi o recuo: na economia, o intervencionismo; na filosofia, o positivismo.

No Direito, o positivismo pretendeu como por ciência jurídica dos valores e fatos sociais, ao recusar também a metafísica e o Direito Natural<sup>18</sup>. Como resposta, tanto ao jusnaturalismo, quanto ao sociologismo, e tendo em Kelsen seu maior jus filósofo, passa a explicar o Direito através da sua própria formulação, (norma hipotética fundamental). O Direito se esgota em si mesmo. Com isso, salva-se a ciência jurídica do entrelaçamento de ideias políticas que o mundo ainda em crise intelectual ainda não superou. “Sob o enfo-

18 “Cabe ter em conta não só que, pelo menos, dois dos mais significativos representantes do positivismo jurídico – Hobbes e Hart – admitem a existência de um Direito Natural, como também que outros elementos há que são igualmente definidores e individualizadores do positivismo jurídico.” TEIXEIRA, Antonio Braz. Sentido e valor de Direito. Introdução à filosofia jurídica, Lisboa: Imprensa nacional- Casa da Moeda, 2006, p.55.

que kelsiano, a norma jurídica tem como objeto regulamentar a conduta dos indivíduos, tendo, pois, caráter prescritivo, desde que criada pela autoridade competente, revestida do poder de prescrição. Assim sendo, a relação entre norma e comportamento humano é de subordinação”<sup>19</sup>.

Já Hart, na sua textura aberta, *a regra de reconhecimento* vem, então desempenhar, segundo Braz Teixeira, um papel análogo ao da norma fundamental na teoria pura do direito. (...) enquanto a norma fundamental kelseniana é um pressuposto lógico-transcendental da ordem jurídica, a regra de reconhecimento é um mero dado empírico, cuja existência pode ser comprovada pela experiência.”<sup>20</sup> Hart admitia um Direito Natural de conteúdo mínimo.

Atualmente, o Direito Natural, ao contrário do que pensaram muitos, não está morto. Poderíamos citar diversos dispositivos legais que consagram princípios jurídicos nascidos no interior do jusnaturalismo, por exemplo, o princípio do direito civil/direitos de personalidade e de direito constitucional e dos direitos fundamentais.

Mas o grande papel o jusnaturalismo vem representando parece mesmo ser o de servir de critério de legitimação das leis, procurando buscar nos eternos valores da natureza humana, os referenciais necessários à difícil identificação do Direito com a Justiça. É o caso, por exemplo, atualismo, dos dispositivos expressos na Declaração dos Direitos do Homem que permanece, hoje, como o grande desafio lançado a partir das ideias jusnaturalistas, para a construção de uma sociedade que corresponda aos anseios máximos de todos os homens, os quais transformam o Estado na entidade propiciadora da felicidade humana entendida, não só como coletiva, mas também como individual. Expressa esperança de que as leis, o Direito, nunca mais venham a servir para confirmar que o “lobo seja o lobo do homem”, mas, ao contrário, para propiciar que todos vivamos, senão como “bons selvagens” ao menos como homens verdadeiramente livres, iguais e fraternos..

#### 4. Pós-Positivismo

“Este movimento representa um esforço de superação do embate entre o positivismo e o jusnaturalismo, tendo, para este fim, grande relevância a teoria dos princípios. Paulo Bonavides expõe que na fase pós-positivista os princípios passam a ser tratados como direito e que neste período a doutrina do Direito Natural e a do velho positivismo ortodoxo vieram abaixo, sobretudo pelas críticas de Ronald Dworkin. Este reconhece a “possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.”<sup>21</sup>

19 KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. p. 181-2.

20 TEIXEIRA, Antonio Bras, *ibem*, p.73.

21 Tristão, Ivan et al, p.5557.

A teoria dos princípios se converteu no coração das Constituições, passou a ser considerado o oxigênio das Constituições, na época do pós-positivismo.

Com o neoconstitucionalismo “assiste-se a um período de reaproximação do direito com valores morais, éticos e políticos. Não se pretende com isto, o renascimento do jusnaturalismo mas, seguramente, busca-se a reestruturação ou o equilíbrio do ordenamento positivado com inspiração na razão prática, na teoria da Justiça e na legitimidade democrática. (...) é o que se convencionou chamar virada kantiana do pós positivismo. Sinteticamente a filosofia pós-positivista procura ir além da estrita legalidade para interpretar o sentido do dispositivo normativo através de novos métodos da hermenêutica jurídica e filosófica. Admite a crença em princípios universalmente válidos com força normativa, reintroduz no ordenamento jurídico valores indispensáveis à garantia da dignidade humana, além de construir uma teoria dos direitos fundamentais.”<sup>22</sup>

Diz Margarida Lacombe que o pós-positivismo, como movimento de reação ao modelo kelseniano de negação a valores, abre-se a duas vertentes. Uma delas, que segue a linha de Dworkin e Alexy, busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo. A outra procura, nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais, sua força lógico-legitimante, como faz Chaim Perelman, por exemplo, finalizada com a criação da “norma-decisão”.<sup>23</sup>

“Todavia, não há dúvida de que, para esses autores, os direitos individuais são universais, devido ao seu enraizamento na natureza humana. Isso significa que a verdade desses direitos reside no dever que eles impõem a cada qual, portanto a todos e para todos. Ou seja, nunca desejar para si o que se recusaria a qualquer outro. Em outras palavras, o direito, em cada sujeito, é inseparável do dever que comanda universalmente o princípio de sociabilidade. (...) Para adquirir a juridicidade de que carece, “o direito provisório” do estado de natureza tem que se tornar, no estado civil, um direito peremptório, segundo Ch. Wolff. (...) Enquanto a legislação positiva do Estado não os tiver avalizado e garantido, os direitos do indivíduo permanecem direitos latentes, uma simples promessa de direito.”<sup>24</sup>

“As inúmeras tentativas de definição que pontuam o *corpus* das obras jurídicas na história do pensamento impõem uma dupla constatação: a multivalência e a maleabilidade do direito. Essas duas características constituem um obstáculo epistemológico para a sua definição. (...) A dificuldade é ainda maior porque o conceito de direito é não só confuso como maleável, não por acidente, mas por natureza”<sup>25</sup>

22 JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A influência da hermenêutica constitucional para a formação do raciocínio do intérprete** in *Hermenêutica Aplicada*, São Paulo: Saraiva, 2014, p.59.

23 LACOMBE, Margarida apud Ivan Tristão, op. Cit. P.5559.

24 GOYARD – FABRE, Simone, op. Cit. P.33/34.

25 Idem, p. 41.

O homem, hoje, encontra em várias concepções de direito o verdadeiro sentido do sujeitos de direitos. É também o momento em que se depara, segundo Canotilho com “direitos” que se propõem no horizonte da ação humana. O conteúdo está aberto no seio da pretensão da justiça, abrindo espaço aos mandamentos de otimização da pretensão de correção (Robert Alexy), ao seguir a lógica de aprimoramento e expansão dos campos dos direitos reconhecidos e a reconhecer. A norma jurídica não se confunde mais com o texto constitucional. “A norma *fattispecie* aberta dá ensejo aos direitos fundamentais materiais constitucionais”.<sup>26</sup>

A Constituição emite reflexos além do próprio texto constitucional, que segundo, Paul Ricoeur “somente a relação com o terceiro, situado no plano de fundo da relação com o tu confere base à mediação institucional exigida pela constituição de um sujeito real de direito, em outras palavras, de um cidadão.”<sup>27</sup>

A abertura do sistema jurídico provocada pela amplificação do âmbito dos direitos fundamentais é inevitável, é uma abertura qualificada.

“A disciplina da teoria geral do direito tem objeto, conteúdo e utilidade para fundamentar a análise sobre o fenômeno jurídico da nova hermenêutica e o (neo)constitucionalismo, tendo papel importante na formação do novo jurista, por instruí-lo com conhecimentos suficientes para superar o normativismo dogmático e orientá-lo por um caminho mais adequado. A nova hermenêutica é um dos melhores caminhos a ser trilhado pelos juristas para superação de tal paradigma, pois é amparada por valores legítimos de uma sociedade democrática de direito. Para tanto, apresenta-se a noção de positivismo e seu modelo de superação, o pós-positivismo, onde os princípios passam a ser tratados como direito, viabilizando a introdução de valores no ordenamento jurídico e a resolução dos casos deforma mais justa.”<sup>28</sup>

Atualmente, a centralidade, a unicidade, a unidade de algo (esse sujeito fora da história, ou fora do diálogo, base da teoria do direito) se dilui diante da visão do sujeito de direitos segundo Paul Ricoeur. Direitos que se propõem no horizonte da ação humana. Tendo aí a manifestação da essência jurídica, norma inicial do fato jurídico expresso no ordenamento jurídico, tem vigência em determinado tempo é ao mesmo tempo norma inicial de fato em determinado tempo e norma final e inicial de novo tempo, que ao mesmo tempo apresenta um novo horizonte, a norma jurídica posta teria a natureza jurídica de norma *fattispecie* inicial ao mesmo tempo final e assim sucessivamente, de forma

26 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Op. cit.** P.401.

27 RICOEUR, Paul. **O justo 1**, p.25/26.

28 TRISTÃO, Ivan e Zilmar Fachin in Teoria geral do Direito e suas relações com a nova hermenêutica e o (neo) constitucionalismo. Trabalho apresentado no XXII do CONPEDI em 2008.

adequada. Há uma ruptura com o já estabelecido e a nova ordem (norma jurídica inicial/final) se refugia no ordenamento jurídico positivo que pode ser justo ou não.

A norma jurídica<sup>29</sup> se auto alimenta, não só da política, da ética, da economia. Por isto que a norma jurídica sempre estará no plano superior para garantir a ordem e segurança jurídica e ao ser um marco regulatório inicial, ela comporta em sua natureza jurídica, a finitude e a completude do sistema. A norma jurídica marca a mudança com as ideias do passado e do futuro. Adquire segundo Alexy, a fundamentabilidade formal no ordenamento jurídico e a sua fundamentabilidade substancial, quanto ao conteúdo. O jusnaturalismo pode ter encontrado seu fundamento na atualidade, na teoria dos direitos fundamentais. A preocupação com o direito posto vinda do jusnaturalismo e bem como os anseios do homem podem na teoria dos direitos fundamentais e seus desdobramentos, ter repousado seus anseios.

Será sempre a norma jurídica fundamental<sup>30</sup> porque e sempre estará vigente no ordenamento jurídico iniciando e finalizando épocas, finitude e completude do sistema *ad eternum*. Final de um tempo passado e ao mesmo tempo iniciando o futuro.

A cláusula aberta será sempre renovada com o conteúdo da pretensão, tendo princípios como ponto de partida. Daí surge a necessidade do direito, para dar plenitude ao fato social que venha a surgir na humanidade. Quanto à constituição rígida e constituição flexível. A Norma jurídica inicial/ final, finitude e completude em si mesma, faz com que a Constituição rígida aceite também a Constituição flexível.

A ideia de estabilidade e rigidez de Canotilho como também a questão da polaridade dos elementos da estabilidade e flexibilidade como um problema de coordenação justa de Konrad Hesse sustentam que a norma jurídica é inicial e final ao mesmo tempo, pois garante a estabilidade do sistema entre a constituição escrita e aquela que está por vir, a material. A Constituição seria tanto a lei Fundamental do estado como a lei fundamental da sociedade.

A base desta estrutura conduz a certa estabilidade no âmbito dos direitos fundamentais através das duas formas de argumentação Alexyana: argumentação prática geral e

29 “Destaque-se que a norma jurídica é interpretada em três dimensões, harmonicamente articuladas:

- a) semântica: investiga as relações paradigmáticas da norma, ou seja, todos os sentidos aproximativos e positivos que se encontram presentes em sua estrutura de profundidade;
- b) sintática: relaciona as normas de um mesmo texto com um contexto, em atividade intelectual, de modo a investigar antinomias jurídicas e o caráter sistêmico das normas das diversas áreas jurídicas, além de seus inter-relacionamentos com outras realidades, normativas ou não;
- c) pragmática: verifica a finalidade funcional da norma, sua aplicabilidade real no mundo concreto” PEREIRA, Ademar. In Contribuição da dogmática jurídica para a Ciência do Direito e suas relações. **Revista Direito Mackenzie**, N. 2 – Ano 1, p. 186.

30 “A norma jurídica é o centro de interesse da Ciência do Direito, pois é a positividade jurídica que cria o Estado e estabelece normas de conduta para assegurar a ordem jurídica”. PEREIRA, Ademar. **Op. cit.** p. 187.

argumentação jurídica. “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.”<sup>31</sup>

E, é quando a norma jurídica<sup>32</sup> vai expressar sua finitude e completude no sistema, ao representar o passado e o futuro. Será sempre uma norma jurídica inicial e ao mesmo tempo final no sistema jurídico positivo vigente e, como também do futuro.

Direito Civil preocupado com a tutela dos direitos de personalidade e com a promoção da personalidade humana foi esta teoria, o pensamento adotado por José de Oliveira Ascensão quando ele nos afirma que é este o lugar próprio (direito civil) dos direitos de personalidade. Assente o ponto de partida substancial há que desenvolvê-los na sua teoria geral e nas suas manifestações singulares que se revelarem necessárias. Há que ir muito além dos escassos preceitos do Código Civil. Os direitos de personalidade são atributos da pessoa humana e que em certos setores também assim o são considerados. O que vem a diferenciar é o plano em que elas se encontram. O art. 5º da Constituição contempla a maior parte dos direitos de personalidade, mesmo aqueles que não se encontram no *numerus clausus* também são considerados como direitos de personalidade, e como direitos fundamentais. Neste caminho vem trilhando a nossa teoria Geral do Direito, para diminuir o abismo entre a filosofia e a ciência do direito, no campo do delineamento do que seja Pessoa e em que campo, e em qual setor do Direito deverá ser inserida.

“Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. (...) Contudo, hoje em dia, dada a interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como “direito à pessoa devir” cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice versa.”

Diz ainda o Jurista/professor José de Oliveira Ascensão.

“Que a formalização da Pessoa vai tão longe que alcança os próprios direitos de personalidade, (...) os direitos de personalidade deixam de ter aquele mínimo que se impõe em toda a sociedade para se transformarem numa categoria oportunística, muito frequentemente destinada a tutelar interesses patrimoniais sob a capa de uma promíscua proteção da personalidade.”<sup>33</sup>

E, mais do que nunca, a teoria dos direitos fundamentais acompanha o pensamento do Prof. José de Oliveira Ascensão ao afirmar que a base desta estrutura (apresentação

31 ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.68.

32 A norma jurídica é o centro de interesse da Ciência do Direito, pois é a positividade jurídica que cria o Estado e estabelece normas de conduta para assegurar a ordem jurídica. PEREIRA, Ademar. **Op. cit.** p. 189.

33 ASCENÇÃO, José de Oliveira O Direito Civil como o Direito Comum do Homem Comum in [www.idb-fdul.com](http://www.idb-fdul.com), p. 52.



atual dos direitos fundamentais e o neoconstitucionalismo) conduz a certa estabilidade no âmbito dos direitos fundamentais através das duas formas de argumentação Alexyana: argumentação prática geral e argumentação jurídica. “Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.”

Logo a proteção dos direitos de personalidade pode ter a segurança jurídica apesar da atipicidade generalizada dos mesmos. E, diz correto o nosso professor que os artigos 11 a 21 do Código Civil fazem apenas referências a alguns tipos, que não são sequer os de maior importância. A teoria dos direitos fundamentais vem consagrar a própria Pessoa Humana, ao admitir que outros direitos não exemplificados em lei possam ser considerados como tal, não deixa de ser um breve retorno ao direito natural como sempre uma constante histórica. A pessoa humana voltaria a ser a base da teoria geral do direito Civil. Com diz Alexy apud Clara Jaborandy “em casos de conflito entre regras e princípios, a solução deverá ser fundamentada no sopesamento entre o princípio adstrito e o outro princípio colidente.”<sup>34</sup>

Como diz <sup>35</sup>Prof. Ascensão, “os direitos de personalidade (...) há que ir muito além dos escassos preceitos do Código Civil. O jurista não é um refletor de leis, é um revelador do Direito. Neste domínio tem um largo campo aberto à sua indagação, porque como dissemos há que determinar o que é essencialmente exigido pela Pessoa independentemente de estar ou não previsto por lei.”

Dentre os direitos de personalidade ligados à propriedade intelectual, temos os direitos de personalidade de base ética. Encontramos neste rol, os direitos de personalidade do autor que une a criação da obra e sua inserção em um corpo mecânico. “Na integração desses direitos é que se acha a unidade da categoria; assim como facetas de uma mesma realidade são, por natureza, incindíveis, pois se combinam em um sistema binário de correlação e de interferência recíproca, imprimindo caráter especial aos direitos intelectuais. Os direitos respeitantes ao liame pessoal entre autor e obra são, assim, inseridos, pela doutrina, entre os direitos de personalidade.”<sup>36</sup>

A questão então se baseia o Direito Civil, Direito Comercial, Consumidor e Direito da Empresa são direitos generalizáveis ou não em relação à PESSOA, como base de todo raciocínio jurídico. Para sermos consumidores precisamos sim, sermos PESSOAS, mas apesar de consumirmos, o Direito do Consumidor não é Direito Civil, mesmo sendo praticado por PESSOAS. O direito do consumidor surge como “uma resposta ao fato incontestado de que a dinâmica do direito mercantil já se lastrava para relações várias que

34 JABORANDY, Clara Cardoso Machado .op. cit. P. 68

35 ASCENSÃO, José de Oliveira, ibem idem. P.55

36 BITTAR, Carlos Alberto Bittar. Os direitos de personalidade, São Paulo: Saraiva, 2015, p.215.

atingiam também os não comerciantes. Como os consumidores passaram a depender de crédito e de uma infundável quantidade de relações de compra e venda ou prestação de serviços, a tutela específica relação jurídica se fez necessária.”<sup>37</sup>

## 5. Conclusões

A pessoa não é o núcleo do Direito Civil, apesar de seus contornos jurídicos esteja no Direito Civil. É sabido que não existe área de Direito totalmente autônoma. A Pessoa que se tornará sujeitos de direitos aparecerá em vários ramos do Direito, nos microssistemas, ao criar vínculos, base das relações jurídicas. “Consideraria a pessoa no trafego jurídico: quer ainda a pessoa em si, como que respeita a capacidade, quer a pessoa na dinâmica jurídica, como titular de situações jurídicas, particularmente como parte em relações jurídicas. Mas a Pessoa apareceria aqui no aspecto funcional e não essencial e com isto sujeita a parificações com entidades que não são pessoas ontológicas. (...) Só desta maneira se tornará transparente a realidade da pessoa como o centro de gravidade do Direito e se alcançará uma base segura para extrair todas as consequências desta posição.”<sup>38</sup>

Quanto ao Direito de Empresa, a figura da Pessoa também aparecerá na sua parte essencial quando as mesmas constituem suas sociedades e quando também existe a desconsideração da pessoa jurídica. Aparecerá a Pessoa no seu aspecto essencial e aparecerá também no seu aspecto funcional em vários microssistemas que tratarão de várias matérias do ramo de direito empresarial. Apesar do Direito de Empresa estar situado no Código Civil, reflexo da Unificação do Direito Privado baseada na teoria italiana, no entanto, a aprovação de novo Código Comercial urge. Ao lado das normas gerais do cidadão, como Pessoa, exaradas no Código Civil, teremos também a Pessoa no seu aspecto funcional em regras especiais como a proteção ao Consumidor, normas que tratam do empregado, normas tratando da empresa para dar maior segurança jurídica nas relações econômicas do século XXI. É sabido que o Direito é subordinado aos ditames da economia, porque não falar em dirigismo contratual com base nas regras no direito da economia. O direito comum entre o Direito civil e o comercial seria o direito obrigacional e não a unificação completa do Comercial no Código civil; isto tampouco influi na autonomia do direito comercial. O fenômeno da comercialização do direito civil vem ratificar que a PESSOA aparece como sujeitos de direitos, ou seja, na convivência de vários ramos do direito (análise econômica do direito – AED)<sup>39</sup>. Ao interpretar a lei posta segundo os parâmetros da

37 WAISBERG, Ivo . O projeto de lei n.1572/2011 e a Autonomia do Direito Comercial in Reflexões sobre o Projeto de Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2013,p.70

38 ASCENSÃO, José de Oliveira, op. Cit. P.56.

39 “A Análise econômica do direito (AED) é um método de análise do Direito. Ela se vale de ferramentas da Ciência Econômica – fundamentalmente da Microeconomia – para explicar o Direito e resolver

AED e também ao opinar a cerca de mecanismos de análises de futuras leis encontramos o liame doutrinário também entre a teoria dos direitos fundamentais de Alexy, e a tópica, ao admitir interferência de outras áreas no Direito, ao permitir o jurista ir além da normatividade técnica. Ratifica meu raciocínio que a norma jurídica é ela o marco inicial e final ao mesmo tempo, pois ela é posta em determinado tempo e finda em outro. Quando isso acontece, a norma jurídica finda renasce em outra norma jurídica inicial de outro tempo.

Em resumo, examinamos, no seu percurso histórico, as relações entre ética, justiça, Direito e a progressiva formulação e complexificação da noção de pessoa, fulcro da nossa meditação que teve como fio condutor, a repercussão dessa noção nas diferentes áreas do Direito contemporâneo. Nosso exame privilegiou o exame da contribuição de Paul Ricoeur para a complexificação e reformulação do conceito, bem como para considerarmos as repercussões de suas teses no âmbito do Direito contemporâneo.

## 6. Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito Civil como o Direito Comum do Homem Comum** in [www.idb-fdul.com](http://www.idb-fdul.com).
- ÁVILA, Flávia de. **Direito e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora Appris, 2014.
- BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- BITTAR, Carlos Alberto Bittar. **Os direitos de personalidade**, São Paulo: Saraiva, 2015.
- BODENHEIMER, Edgard. **Ciência do Direito: filosofia e metodologias científicas**. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense.
- CESAR, Constança Marcondes, **El mismo y el outro: una perspectiva sobre la noción de persona em Paul Ricoeur**, *Ágora. Papeles Filosóficos*, vol.25, n.2, Universidade de Santiago de Compostela, 2008, p.197-206.

---

problemas jurídicos. Como em qualquer paradigma científico – como a Sociologia do Direito – existem várias escolas, várias vertentes. Não há um único método, nem a forma correta de se trabalhar com as lentes analíticas da economia aplicada ao Direito.(...) A AED positiva, então esforça-se em mostrar como as normas jurídicas evoluíram de modo a agregar eficiência á sociedade, diminuindo o custo das transações e estimulando as relações econômicas. Já a AED normativa emitirá opiniões sobre a adequação ou não de determinadas regras jurídicas a fins últimos.” TIMM, Luciano Benetti . **Precisamos de um Novo Código Comercial?** In Reflexões sobre o projeto de Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2013, p.85/86.

- \_\_\_\_\_. *Direito, Justiça e Razão*, digitado, 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **O futuro do direito comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Princípios do direito comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- CANOTILHO, José J. **Gomes Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5 ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- FABRE-GOYARD, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- JABORANDY, Clara Cardoso Machado . **A influência da hermenêutica constitucional para a formação do raciocínio do intérprete** in *Hermenêutica Aplicada*, São Paulo: Saraiva, 2014, p.59.
- WAISBERG, Ivo . **O projeto de lei n.1572/2011 e a Autonomia do Direito Comercial** in *Reflexões sobre o Projeto de Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2013, p.70.
- MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Temas de Filosofia do Direito**. Florianópolis: fundação Boiteux, 2004.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo e Luis Carlos de Assis Jr, **Hermenêutica aplicada**, São Paulo: Saraiva, 2015.
- PEREIRA, Ademar. in *Contribuição da Dogmática Jurídica para a Ciência do Direito e suas Relações*. **Revista Direito Mackenzie**. N. 2 – Ano 1, p. 186.
- RICOEUR, Paul. **O justo**. v. 1. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Éthique et politique in Du texte à l'action**. Paris: Seuil, 1986. p. 393/406.
- \_\_\_\_\_. **Le juste entre le legal et le bon in Lectures 1**. Paris: Seuil, 1991. p. 176/195.
- ROMMEN, Henri. **Le Droit Naturel – Histoire Doctrine**. Paris: ECLOFF, 1945.
- SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- TIMM, Luciano Benetti . **Precisamos de um Novo Código Comercial?** In *Reflexões sobre o projeto de Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2013, p.85/86.
- TRISTÃO, Ivan e Zilmar Fachin. In **Teoria Geral do Direito e suas Relações com a Nova Hermenêutica e o (Neo) Constitucionalismo**. Trabalho apresentado no XXII do CONPEDI em 2008.

# A SOCIEDADE: TENDÊNCIAS DE CONSUMO E A ÉTICA EMPRESARIAL

---

ADRIANO FÁBIO CORDEIRO DA SILVA

Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Área de concentração: Direito Econômico e Socio-ambiental. E-mail: [adrianofabio@hotmail.com](mailto:adrianofabio@hotmail.com)

ANTÔNIO CARLOS EFING

Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor Permanente dos Programas de Pós-Graduação em Direito (PPGD). Doutor em Direito das Relações Sociais - PUC/SP. E-mail: [ace@eradv.com.br](mailto:ace@eradv.com.br)

## Resumo

O presente trabalho analisa a sociedade, as tendências de mercado e a ética empresarial aplicada ao consumo. A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica, abrange os diversos meios de informação, priorizando-se a doutrina inerente aos temas tratados, os sites da internet, as revistas especializadas e outras fontes que como subsídio para o embasamento teórico. Discute a diferença entre consumo, consumismo e hiperconsumismo. Conceitua os modismos, as tendências e megatendências do mercado e faz considerações sobre o perfil do consumidor do futuro. Verifica que o crédito facilita o fenômeno do hiperconsumo e do superendividamento. Trabalha a relação do *marketing*, enquanto agente promotor das marcas, propagandas e publicidade. Aborda a Ética aplicada ao consumo enquanto ciência que se relaciona com a Economia e com o mercado consumidor.

## Palavras-chave

Sociedades; Tendências; Ética; Consumo; Economia.

## Abstract

This paper analyzes the society, the market trends, and the business ethics applied to consumption. The methodology used in this study is the literature search, covering the different media, giving priority to the doctrine inherent in the concerned themes, the websites, the specialized magazines, and other sources for theoretical basis. This study discusses the difference among consumption, consumerism, and hyperconsumerism;

conceptualizes the fads, trends, and megatrends in the market and raises questions about the future consumer profile; verifies that credit facilitates the phenomenon of hyper-consumption and over-indebtedness. It works the relation of *marketing* as propellant brands, advertisements, and advertising; addresses the Ethics applied to consumption as a science that relates to the economy and the consumer market.

## Key words

Companies; Trends; Ethics; Consumption; Economy.

## 1. Introdução

Os comportamentos e expectativas dos seres humanos, especialmente aqueles vivenciados pelo ato de consumir, podem gerar diversas formas de consumo, cujo estudo constitui um dos objetivos desta pesquisa que, também tem por finalidade analisar a importância da ética empresarial aplicada ao consumo e associada à economia. O dinamismo competitivo do mercado favorece o surgimento das tendências que orientam os comportamentos e estratégias empresariais que buscam satisfazer e fidelizar os consumidores.

Estamos numa sociedade caracterizada por qual tipologia de consumo? Qual a diferença entre consumo, consumismo e hiperconsumo? Quais as principais tendências do mercado? Qual o perfil do consumidor no futuro? Qual a importância da ética empresarial aplicada ao consumo?

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, abrangendo os diversos meios de informação, priorizando-se a doutrina inerente aos temas tratados, os sites da internet, as revistas especializadas e outras fontes que serviram como subsídio para o embasamento teórico, especialmente, enriquecida com alguns pronunciamentos em entrevistas publicadas e concedidas por renomados autores, almejando uma análise crítica quanto ao futuro da sociedade sobre os temas aqui tratados.

## 2. A Sociedade Atual e a Cultura do Consumo

Com as atuais sociedades caracterizadas pelo modo de produção em massa<sup>1</sup>, pela abundância, pela hiperprodução<sup>2</sup> de produtos e serviços surge também o fenômeno do

1 É uma forma de fabricar produtos que tira o poder de escolha do consumidor e o coloca nas mãos dos fabricantes, que produzem sem saber se haverá compradores. Segundo Adam Smith (1776) A produção em massa foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos nas fábricas de armas no fim do século XVIII. A mão de obra especializada é utilizada na criação e na organização do sistema de produção e a não especializada é colocada na linha de montagem.

2 Excesso de produção ou produtividade excessiva.

hiperconsumismo. Este fenômeno provoca uma série mudanças comportamentais nos integrantes do mercado de consumo<sup>3</sup>.

No que tange aos consumidores, percebe-se que eles se encontram pautados pela busca imediata do prazer de consumir, pela satisfação urgente dos desejos e pelo crescente individualismo. É a apologia da satisfação imediata e a qualquer preço, em que a limitação do recurso financeiro próprio foi substituída pela indústria e serventia do crédito, que, além de antecipar desejos, também massifica a dependência dos consumidores face aos serviços creditícios promovidos pelas instituições financeiras.

Neste sentido, Mário Ernesto René Schweriner<sup>4</sup>, (2006, p. 138), ao tratar sobre a história da atual sociedade e cultura do consumo, observa que:

Um contraponto interessante pode ser estabelecido no século XIX, época em que o incentivo às massas era no sentido da economia, da poupança. Era inconcebível que as pessoas incorressem em gastos que não pudessem ser pagos imediatamente, isto é, que comprassem sem que tivessem à mão ou no banco o dinheiro correspondente. Há diferença para os tempos atuais, em que o consumidor é incitado a comprar continuamente, mesmo sem dinheiro para isso, valendo-se da instituição do crédito para viabilizar o moto contínuo do consumo. Além disso, subjacente a esse giro permanente, reside o incentivo ao descartável, quer dizer, a se desfazer das mercadorias rapidamente. O contato do possuidor com o bem é fugaz, ao contrário dos séculos precedentes, quando a posse era valorizada. O caráter social do século XIX pode ser definido como tendo por principal objetivo a posse, enquanto o caráter social do século XX tem por objetivo o uso. Não queremos dizer que essa alteração de foco, da posse para o uso, seja necessariamente negativa. O lado destrutivo repousa no fato de se desfazer de bens que mal foram usados, pois o consumidor é estimulado, ou melhor, condicionado a trocá-los por novos produtos.

Sendo assim foi, precisamente no século XX e início do século XXI, que surgiu e se estimulou um novo perfil de comportamento do consumidor frente às facilidades do crédito, impulsionado e ofertado pelos bancos e instituições financeiras, inclusive, em alguns momentos, de forma predatória, facilitando-se o aparecimento do fenômeno social nocivo a que chamamos hiperconsumismo e o fenômeno jurídico do superendividamento. Nesse sentido, o professor Antônio Carlos Efing (2012, p. 674) afirma que o “superendividamento dos consumidores apresenta-se como desafio ao desenvolvimento sustentável da economia”.

3 O consumidor, o fornecedor, os produtos e os serviços.

4 Formado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, psicólogo e mestre em Psicologia pela Universidade de São Paulo – USP e doutor em Teologia Prática (Ciências da Religião) pela Universidade Metodista.

Entre os diversos autores que também analisam o crédito e a sociedade de consumo contemporânea, cumpre citar o conceituado sociólogo polonês Zygmunt Bauman, autor de uma produção intelectual prodigiosa e reconhecido como o pensador dos tempos líquidos<sup>5</sup>, que amplifica os problemas gerados pelo excesso de crédito na sociedade moderna.

Em entrevista concedida ao jornalista Silio Boccanera, em 27 de janeiro de 2012, no programa Milênio da Globo News, Zygmunt Bauman assim se posicionou:

O crescimento econômico dos últimos 20, 30 anos, deveu-se inteiramente ao uso de dinheiro que não estava em nossas mãos. “Aproveite agora e pague depois.” A filosofia era essa. Há 30 anos, trocamos o cartel das cadernetas de poupança pelo dos cartões de crédito, que é exatamente o oposto. E chegou a hora de encarar as consequências disso. Os imensos valores pagos aos bancos para se recapitalizarem, pelos governos, terão que ser pago por nossos filhos e netos. Nós hipotecamos o futuro. Não para nossa geração, mas para as gerações futuras.

Assim Bauman aceita que as sociedades atuais podem ser definidas como sociedade lastreadas no crédito e no consumo.

Outro autor que aborda os aspectos inerentes a sociedade de consumo e ao consumismo é Colin Campbell, considerando sua defesa de que o consumismo contribui, positivamente, para a construção da identidade do sujeito. Para Campbell, os sentimentos do hedonismo e de *daydream* estão no âmago da sociedade de consumo. Por Hedonismo entende-se as ações e vivências comportamentais que buscam, em primazia desenfreada, a satisfação pelo prazer e por *daydream*<sup>6</sup>, advindo das sensações geradoras por prazeres imaginativos provenientes das aquisições, do consumo e das compras.

Ainda segundo Márcio Ernesto René Schweriner (2006, p. 141)

Ancorado no hedonismo e no *daydream*, Campbell é ousado: para ele a sociedade de consumo é tudo, menos materialista. Claro, pois ao contrário do acúmulo de bens, em que posse e uso perduraria por longo tempo, presenciamos o descarte contínuo das mercadorias, substituídas por novidades que ao menos prometem novas emoções e daydreams. Todavia, como os desejos, as emoções e os daydreams de longe suplantam o que a realidade tem a oferecer, na forma de mercadorias, tais bens avidamente adquiridos jamais satisfazem o consumidor, que assim é permanentemente seduzido pela oferta de mais novidades envoltas em promessas de

5 Segundo Zygmunt Bauman, tempos líquidos é um fenômeno que caracteriza a vida nas grandes metrópoles globalizadas. Neste sentido, as cidades são hoje verdadeiros campos de batalha, onde poderes globais se chocam com identidades locais. O resultado desta equação é a eclosão nímia da violência e da insegurança.

6 Em tradução livre, devaneio, sonho acordado.



emoções e daydreams, atrás das quais lá vai ele, quase que numa espiral infinita.

Diante das afirmações de diversos autores, interessa analisar o posicionamento do filósofo francês Gilles Lipovetsky<sup>7</sup> (2007):

O homem contemporâneo viveria em um estado de desamparo, tornando-se o único responsável por atingir seu êxito. Estaria suscetível a medos, frustrações, ansiedades e à produção de novas e efêmeras necessidades de consumo - consumo que perpassa as aquisições materiais e chega ao domínio das subjetividades. De acordo com as reflexões de Lipovetsky, a nova ordem cultural na contemporaneidade valoriza os laços emocionais e sentimentais, as trocas íntimas entre as pessoas e a proximidade comunicacional com o outro. O autor, discorrendo sobre a felicidade associada ao amor, afirma que em uma sociedade que não cessa de prestar culto ao ideal amoroso e na qual a verdadeira vida está associada ao que se saboreia a dois, a relação estável e exclusiva constitui ainda um fim ideal. Segundo esse filósofo, o valor reconhecido no amor e no sentimento, a busca de uma intimidade relacional, a necessidade de sentido intenso na vida e na relação com o outro trabalham, fora de todo princípio moral, para privilegiar o laço estável. A família e as relações afetivas não são valorizadas apenas porque as identificamos a uma vida rica em emoções e sentido, mas também porque nos permite realizar uma das aspirações mais profundas dos seres: ser reconhecido como uma subjetividade insubstituível.<sup>8</sup>

Pode-se dizer que o mercado de consumo convive com práticas que estimulam, seduzem e influenciam os indivíduos a consumir cada vez mais. Entretanto, deve-se separar, distinguir o que é consumo, consumismo e hiperconsumo.

## 2.1. *Consumo, Consumismo e Hiperconsumo*

Pode-se atribuir ao verbo consumir o significado gastar ou corroer até a exaustão: devorar, destruir, extinguir, aniquilar, anular, enfraquecer, abater, desgostar, afligir, mortificar, fazer esquecer, apagar, esgotar. Ao analisar essas definições, percebe-se que em todas elas se consubstancia uma simbólica ação de destruir, corroer e modificar a essência do que é ou pode ser consumido. Há, nesta observação, algo de semelhante ao que ocorre

7 Professor de filosofia na Universidade de Grenoble, autor de diversificadas obras sobre as sociedades contemporâneas, a exemplo dos livros, *A Era do Vazio - O Luxo Eterno - O Crepúsculo do Dever* e “*A era do hiperconsumo e a felicidade paradoxal*” que em seu conjunto, refletem a preocupação do autor com o que designa ser a paradoxal perspectiva de felicidade atrelada aos modos de consumo nas práticas sociais e culturais no mundo contemporâneo.

8 COMIN, Fabio Scorsolini. Resenha: *A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo de Gilles Lipovetsky*.

com todos os envolvidos nos processos produtivos e de comercialização inerentes à sociedade de consumo, nos quais o destruir, o construir, o fazer, o refazer, o disponibilizar, o ofertar e o comprar são etapas de um complexo processo de mercantilização e consumo característicos de uma sociedade, contraditoriamente, chamada de hipermoderna.

Longe da visão do consumo como algo pernicioso, como será adiante exposto no fenômeno do hiperconsumismo, o antropólogo Daniel Miller evidencia, em sua obra “Teoria das Compras”, a representação do ato de comprar como uma expressão de amor, no sentido de fortalecimento dos laços de parentesco, analisando as compras como um rito devocional. O autor se contrapõe, portanto a teorias do consumo que entendem o comprar como um ato centrado no materialismo e no hedonismo.

Ana Beatriz Barbosa Silva (2014), autora do livro “Mentes Consumista”, do consumo a compulsão por compras, destaca que:

Consumir é preciso e deve ser uma atividade salutar como tantas outras que fazem parte do cotidiano humano. A questão é se estamos preparados para ser bons consumidores. O bom consumidor satisfaz suas necessidades essenciais, permite-se a prazeres eventuais e, com o mínimo de planejamento, ainda consegue, dentre de suas possibilidades, fazer algum nível de poupança para os tempos mais difíceis. Estes sempre virão: todos estamos sujeitos às mares da vida: não existe ser humano que só tenham dias bons e vitórias intermináveis. Por isso, preparar-se para os dias que o mar não está para peixe, faz parte da sabedoria do bom viver. (p. 44)

Por certo, o consumo e o ato de consumir são inescapáveis à condição da existência e à necessidade de se perpetuar enquanto ser vivente. Discute-se, entretanto, a quantidade, a significação e a tipologia das diversas formas de consumo assumidas nas sociedades atuais, tendo-se como premissa que as matérias-primas são esgotáveis e que a finitude destes recursos é condição limitante deste modo de produção e de consumo em massa. Ruscheinsky (2012, p. 271) afirma que “O consumo é indispensável e cumpre diversas funções sociais, mas, nos níveis e padrões atuais, e em expansão, precisa ser modificado em direção a formas mais sustentáveis, tanto do ponto de vista social quanto ambiental”.

Analisando-se a palavra “consumismo”, verifica-se que o sufixo *ismo* remete ao exagero, acompanhado ou não de dependência. De certo, o consumismo afronta os limites impostos pela natureza e é tema de muitas discussões. No âmago da discussão sobre consumismo, habita o conceito superlativo e exagerado do estado ou necessidade de consumo. Mesmo porque, o consumo satisfaz às necessidades, singulariza-se pelo que é essencial, enquanto que o consumismo está plasmado nos desejos que facilmente resvalam na direção do que é supérfluo, remetendo-se ao que é desnecessário.

Zygmunt Bauman (2008 apud DIEHL, 2014, p. 21), um dos sociólogos mais respeitadas da atualidade, afirma que a economia consumista baseia-se no excesso e no

desperdício para atender a todas as novas necessidades e impulsos, assim como oferecer novos mecanismos de motivação e orientação da conduta humana. Bauman ainda assegura que o consumismo é também a “economia do engano”, pois se apoia na irracionalidade e na emoção dos consumidores, ou seja, a sociedade de consumidores promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida, rejeitando as opções culturais alternativas.

A hipérbole dos atos consumistas configura o quadro doentio do que se chama hiperconsumismo. Aqui se enquadram aqueles que Gilles Lypovestey classifica como integrantes da sociedade do hiperconsumo, o consumista turbinado:

O turboconsumidor individualista, flexível, hedonista, liberto das antigas culturas de classe está muito mais em busca de satisfações emocionais imediatas que de demonstrações de condição social. O espírito de consumo infiltra-se nas relações do consumidor com a família, com o trabalho, com a religião, com a política, com o lazer. Vivemos numa espécie de império do consumo em tempo integral, servido por um mercado diversificada do que, a uma só vez, satisfaz e incentiva a ilimitada aspiração a novos prazeres. (2007, contracapa)

Ainda segundo Lypovestey, “na sociedade de hiperconsumo, as pessoas tendem a situar seus interesses e seus prazeres, em primeiro lugar, na vida familiar e sentimental, no repouso, nas férias e viagens, atividades de lazer e outras atividades associativas”. (2007, p. 227)

No que tange aos fornecedores, primariamente, deve-se lembrar que os mesmos almejam amealhar lucros no mercado de consumo. Esta é uma de suas funções precípua. Para a consecução desse objetivo, as instituições empresariais se esmeram em antever e prover por meio dos seus produtos e serviços as necessidades e desejos dos consumidores, os quais podem ser inclusive estimulados por elas ao se utilizarem dos mecanismos múltiplos de propaganda ou de publicidade.

Afirma Gilcerlândia Pinheiro Almeida Nunes em sua resenha sobre o livro “A Felicidade paradoxal de Gilles Lipovetsky” publicada na Revista Inter-Legere nº 05, que:

As transformações dos indivíduos em relação à aquisição de bens, fez-se necessário um novo tipo de publicidade (com estratégias de segmentação ou melhor hipersegmentação) que estivesse realmente adequada para articular as marcas a uma ressignificação, ou seja, atualmente toda a construção do marketing não se liga mais à funcionalidade dos produtos, mas preocupam-se em criar uma alma, um “estilo de vida” associado àqueles nomes, muitas vezes falando de tudo menos do produto que está sendo vendido. Aliado a isso, uma nova abertura ou democratização do consumo através das massas. Não se ficam mais presos de um lado às necessidades, de outro, ao luxo, mas a todos é permitido voltar os olhos para o que é belo e de qualidade; fiam-se cada vez mais nas marcas graças ao processo

de desregulamentação de classes. Os indivíduos parecem desorientados sem as antigas amarras sociais e precisam assegurar-se em suas desorientações que estão confiando em algo seguro, algo que possa amenizar suas ansiedades frente à desinstitucionalização.

Os fornecedores compelidos pelas necessidades de implantar novas técnicas mercadológicas que cumpram o poder de atrair e fidelizar os consumidores, são desafiados a melhorar suas estratégias de *marketing*, para tanto, precisam antever e diferenciar o que são modismos, tendências e megatendências para a sociedade e o mercado de consumo atuais, tudo isto sem infringir e cometer aos princípios éticos empresariais que norteiam o ambiente concorrencial preconizado pela ordem econômica do mundo globalizado.

## 2.2. *Modismo, Tendências e Megatendência*

Sumariamente falando, entende-se por modismo os fenômenos de consumo imprevisíveis, temporalmente de curta duração e que se notabilizam por não apresentar grande significado social, econômico e político.

Entende-se, por tendência, acontecimentos que promovem direcionamentos no mercado de consumo e representam uma sequência considerável de eventos de oferta e de demanda, que tem força e durabilidade previsível. Revela como será tendenciosamente, o futuro do mercado, e oferece aos empresários, novas possibilidades de prever e antever os fluxos e atos consistentes de consumo.

A megatendência, por sua vez, é espécie de fenômeno de mercado, cuja singularidade é inerente as grandes mudanças sociais, econômicas, políticas e/ou tecnológicas. Formam-se e cristalizam-se lentamente no mercado de consumo, mas uma vez estabelecidas, influenciarão a ambiência mercadológica por longos períodos.

Analisando a obra de Kotler e Keller (2006), os mesmos confirmam que há uma distinção entre modismos, tendências e megatendências. Um modismo é imprevisível, de curta duração e não tem significado social, econômico e político. Já a tendência é mais previsível e duradoura que o modismo, oferece oportunidades e revela como será o futuro.

Como já previa a autora nova-iorquina Fairth Popcorn (1993), conhecida como a Nostradamus do *marketing*, uma tendência mercadológica pode se manter por muito tempo, em diferentes áreas de mercado e atividades, e pode ser confirmada por outros indicadores que surgem simultaneamente. Afinal, cada tendência é apenas parte do todo. Isso significa que as organizações não devem caminhar exclusivamente na direção de uma única tendência, e sim entender como as tendências em sua totalidade definem o futuro. A autora afirma ainda que as tendências começam pequenas e depois ganham momentum. Se a organização puder estabelecer uma relação entre o aparecimento de uma

tendência e seu impacto nos negócios, ela poderá ajustar seu produto à mesma, o que lhe dará uma vantagem competitiva sobre concorrência.

Para Philip Kotler (1998, p. 78), “tendência é uma direção ou sequência de eventos que ocorre em algum momento e promete durabilidade”.

Já as megatendências, na opinião de Naisbitt e Aburdene (1990, p. 22) são

[...] grandes mudanças sociais, econômicas, políticas e tecnológicas que se formam lentamente e afetam as pessoas por um longo período de tempo, entre sete e dez anos ou até mais. Na visão dos autores, essas megatendências não aparecem e desaparecem de uma hora para outra.

Prospectar cenários de mercado de consumo passou a ser estratégico para os negócios das empresas, especialmente levando em consideração as megatendências que já vem sendo observadas na sociedade, na natureza e na economia. “Os processos de segmentação e estudo dos tipos de consumidores se revelam na integração da economia a sociedade para servir as necessidades humanas”, segundo Peter Drucker (2002).

Segundo estudo da Fundação Dom Cabral, de autoria de Diogo Lacerda Santos e Hugo Ferreira Braga Tadeu (2014), são cinco as megatendências que influenciam as oportunidades de mercado de consumo:

**Urbanização crescente:** cidades de países em desenvolvimento vêm crescendo em grande escala. O deslocamento da população rural para os centros urbanos assume papel importante. Em países desenvolvidos, as cidades começam a se esgotar e ficar saturadas. Espera-se que a população urbana cresça 72% até 2050 (UN Department of Economic and Social Affairs, 2011 Revision), desse modo o investimento em desenvolvimento de infraestrutura torna-se fundamental para suprimir tais fatores.

**Alterações climáticas:** a crescente demanda e a relativa escassez de recursos vêm ganhando importância nos debates atuais, principalmente por parte de ambientalistas devido às grandes alterações climáticas observadas. Merece destaque o provável aumento no preço de energia e commodities, fator crucial para o futuro panorama econômico mundial. Até 2030, será necessário produzir 50% mais energia, e a população irá consumir 35% a mais de alimentos e 40% de água (National Intelligence Council, 2012). Percebe-se, portanto, a consequente necessidade de desenvolver novos tipos de energias alternativas não esgotáveis e tecnologias que otimizem a utilização de recursos naturais.

**Mudanças no poder global:** o elevado padrão de crescimento nos países em desenvolvimento, com destaque ao BRICS, chama atenção. Cada vez mais, as empresas desses países ganham importância no cenário econômico mundial, além disso, a elevada geração de capital, tecnologias e talentos também é bastante representativa. Entende-se que

existe real potencial desses países assumirem papel de potências econômicas no médio/longo prazo, tornando-se líderes no cenário mundial. Em 2050, o PIB dos países considerados do E7 (China, Índia, Brasil, Turquia, México, Rússia e Indonésia) poderá chegar a US\$138,2 trilhões, enquanto o PIB do G7 (Japão, EUA, Alemanha, Reino Unido, Itália e França) será o equivalente a US\$69,3 trilhões no mesmo ano (PwC Analysis, 2009).

**Mudanças demográficas:** é possível identificar duas tendências relacionadas a esse aspecto: o crescimento elevado da população em países menos desenvolvidos e o gradual envelhecimento da população em países economicamente maduros. Em 2000, 10% da população era idosa. Espera-se que esse número chegue a 21% em 2050 (UN report World Population Ageing, 2001). A partir desse ponto, destacam-se dois fatores - a necessidade de investir e capacitar essa crescente população em países subdesenvolvidos, com o intuito de atender às demandas mundiais, suprindo também os espaços deixados por idosos que se tornaram improdutivos e, ainda, realizar mudanças institucionais que possibilitem governos e empresas bancarem gastos com a população idosa e aposentada.

**Nova onda de inovações:** a geração de inovações tecnológicas cresce em ritmo elevado nos últimos anos. Essas inovações, além de alterar o paradigma da relação entre empresas e clientes, traz ganhos de produtividade e lucratividade para as empresas. O setor de telecomunicações ganha destaque nesse aspecto, tendo em vista as grandes mudanças geradas na interação entre pessoas na sociedade, de maneira rápida e inesperada. Espera-se que em 2020 existam 6,58 dispositivos por pessoa, conectados em algum tipo de rede. Esse número, em 2010, era de 1,84 aparelhos por pessoa (Cisco Internet Business Solutions Group, 2011).

Configura-se assim a importância com que as estratégias de *marketing* e seus estudos tem influenciado as decisões corporativas com suas previsões sobre os fluxos do consumo e dos consumidores.

### 3. O Consumidor do Futuro e as Tendências do Consumo no Brasil

Segundo Takeshy Tachizawa<sup>9</sup>, (2015, p. 5), “o consumidor do futuro, inclusive do Brasil, passará a privilegiar não apenas preço e qualidade dos produtos, mas principalmente o comportamento social e ambiental das empresas fabricantes destes produtos”. Conforme afirmou Lívia Barbosa e Colin Campbell (2006, p. 8) “O consumo faz parte do dia a dia dos seres humanos” e “consumir é uma das mais básicas atividades do ser humano”, para depois concluir a autora que “pode-se viver sem produzir, mas não sem consumir”.

9 Doutor em Administração e Economia pela Fundação Getúlio Vargas – FGV.

No que se refere as tendências de consumo no Brasil, apresentamos a seguir parte significativa de estudo que demonstram os comportamentos e tendências do consumidor brasileiro no futuro próximo, esta análise produzida pelo consultor da Macroplan<sup>10</sup>, Rodrigo Ventura (2010, p. 1), enumera nove tipos de tendências para os próximos 20 anos que impactarão decisivamente o perfil dos hábitos dos consumidores brasileiros.

1. **Consumo exigente:** maior exigência por produtos e serviços de qualidade, incluindo a valorização crescente da certificação e da rastreabilidade;
2. **Consumo +60:** aumento da demanda por produtos e serviços orientados ao consumidor com mais de 60 anos em virtude do envelhecimento populacional;
3. **Consumo saudável:** valorização da saúde nas decisões de consumo e aumento da demanda por produtos e serviços orientados a uma vida saudável;
4. **Consumo responsável:** aumento da conscientização sócio-ambiental do consumidor e intensificação das exigências éticas e de eficiência no processo produtivo;
5. **Consumo de baixa renda:** ingresso de novos consumidores à economia de mercado e aumento da demanda por bens de consumo popular pelas classes de baixa renda (C, D e E);
6. **Consumo precoce:** aumento do poder de decisão de compra exercido pelas crianças e adolescentes sobre o consumo familiar;
7. **Consumo online:** aumento das transações comerciais utilizando a Internet;
8. **Consumo prático:** aumento da demanda por produtos e serviços de elevada praticidade e que contribuam para a otimização do tempo;
9. **Consumo em nichos:** aumento da procura por serviços e produtos direcionados a mercados (públicos) específicos (portadores de necessidades especiais, GLS e afrodescendentes, entre outros).

Diante das tendências expostas e frente ao perfil de consumidor da sociedade contemporânea, deve-se analisar o impacto e a interligação destas tendências mercadológicas, especialmente quando confrontadas com o fenômeno do hiperconsumismo.

Se por um lado, temos uma sociedade mais abundante, especialmente no que tange a variedade de produtos e serviços expostos e disposto no mercado de consumo, o excesso

---

<sup>10</sup> Empresa brasileira com mais de 20 anos de experiência em consultoria de cenários prospectivos, administração estratégica e gestão orientada para resultados. Com sedes no Rio de Janeiro, São Paulo e Brasília.

de aquisições e o acúmulo desnecessário de produtos e serviços pode promover aquilo que os autores chamam de consumismo, ou seja, o consumo desnecessário, especialmente quando observado face as aquisições ditas supérfluas.

Hodiernamente, parece ser cada vez mais difícil, ante ao excesso da oferta e ao novo estilo de vida assumido pela hipermodernidade, decidir, racionalmente, o que é em si, e somente em si, consumo do que é indispensável e consumo do que é supérfluo.

Esta discussão entre o consumo indispensável e o supérfluo, é bastante antiga na sociedade, pois disso já nos alertava Max Weber (1864-1920) intelectual, jurista e economista alemão, considerado um dos fundadores da Sociologia, ao falar sobre o consumo dos supérfluos em seu livro *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*<sup>11</sup>:

Este ascetismo secular protestante, agiu poderosamente contra o desfrute espontâneo das riquezas; restringiu o consumo, em espécie supérfluo. Por outro lado, teve o efeito psicológico de liberalização das inibições da ética tradicional. Quebrou as amarras do impulso para a aquisição, não apenas legalizando-as, no sentido exposto, enfocando- o como desejado diretamente por Deus. A guerra contra as tentações da carne, e da dependência das coisas materiais era, entre os puritanos, como disse expressamente o grande apologista do quakerismo Barklay, não uma guerra contra a aquisição racional, mas contra o uso irracional da riqueza.

Doutra feita, nos dias de hoje, é perceptível que se multiplicam os consumidores e indivíduos com práticas de consumo mais saudáveis e conscientes. Tratamos aqui de consumidores, cuja prática está preocupada com o futuro do planeta e com a escassez já sentida dos recursos naturais indispensáveis à sobrevivência da humanidade, especialmente das gerações futuras. Neste sentido, Antônio Carlos Efig (2011, p. 125) afirma que:

O conceito de desenvolvimento sustentável depende do conceito de consumo consciente. Este reflete a necessidade de os consumidores (de produtos e serviços) passarem a ser agentes de “controle crítico” do desenvolvimento sustentável, e isto só pode ser possível desapegando-se dos conceitos individualistas a respeito do que se consome, do que se utilizar, porque isto tem influência direta em todos os cidadãos e no próprio meio ambiente.

Entretanto, o hiperconsumo ainda será muito mais visível nos próximos anos, pois este movimento de conscientização pouco modificou o sistema capitalista de produção e venda de produtos e serviços.

11 Originalmente publicado no formato de dois extensos artigos em 1904-1905, *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo* (em alemão *Die protestantische Ethik und der 'Geist' des Kapitalismus*) é uma obra produzida por Max Weber (1864-1920), considerado um dos fundadores do pensamento sociológico.



Há de se descobrir formas da humanidade melhor distribuir seus avanços, riquezas, produtos e serviços de forma mais equânime, pois se de um lado temos o escracho moral do hiperconsumo, do outro temos a insensatez da miséria e da fome.

Neste contexto, a sociedade planetária parece tencionar as organizações a modificar e implantar condutas éticas mais responsáveis, especialmente porque, sendo elas as grandes ofertantes da abundância característica do mercado capitalista atual, onde tantas marcas, tantos concorrentes, tantas espécies e rotulagens de produtos e serviços, disputam avidamente pelos que podem consumir, a elas caberiam as primeiras modificações comportamentais que, acompanhadas da responsabilização social, promovessem as mudanças que tornassem o acesso a estes produtos e serviços mais igualitários, mais respeitoso e menos indigno ao seres humanos consumidores.

Os governos também exigem das organizações, especialmente das responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente, mais responsabilidade na fabricação de seus produtos e serviços, tendo esta responsabilidade socioambiental um importante papel na etapa de competição e, respectiva exposição da oferta no mercado de consumo.

#### **4. A Ética Empresarial Aplicada ao Consumo**

A ética aplicada ao contexto empresarial abrange a dinâmica comportamental interna e externa das mais diversas organizações e empresas. Esta reflexão adentra ao entendimento das relações pertinentes as ciências da ética e da economia. A apresentação do livro sobre *Ética e Economia* do influente filósofo e economista indiano Amartya Sen (2006) expõe que:

A economia é parte de um todo. As questões econômicas não são apenas questões de praticidade e eficiência, mas também de moralidade e justiça. As questões éticas não são apenas questões de valor e intenções generosas, mas também de lógica fria e exequibilidade. Se a economia desligada da ética é cega, a ética desligada da economia é vazia. O surpreendente não é que a teoria econômica e a reflexão ética voltem a caminhar juntas, mas que tenham permanecido divorciadas e incomunicáveis entre si por tanto tempo.

Tanto a Ética quanto a Economia, enquanto ciências, tem o mesmo objeto, estudam o homem, mas cada uma delas o analisa sob ângulos diferentes. A ética estuda as ações do homem em relação à sua moralidade, isto é, julga se são boas ou más, diz respeito ao fim último do agir do homem, isto é, analisa se essas ações contribuem ou não para sua finalidade essencial. Já a economia estuda o homem e sua adaptação na sociedade, almejando a satisfação das suas necessidades por meios da escassez de recursos quantitativamente limitados.

O economista Eduardo Giannetti<sup>12</sup>, em suas obras literárias assim questiona:

Qual a relação entre o ético e o útil? Que papel teriam virtudes como honestidade e confiabilidade no desempenho econômico de indivíduos, empresas e nações? Como definir e alcançar a justiça distributiva? O que fazer quando direitos individuais se chocam com o interesse público? Até que ponto valeria a pena sacrificar o nosso bem-estar em nome das gerações futuras? Qual o lugar do econômico na sociedade ideal?

Vê-se que relacionar a ética e a economia não é tarefa das mais fáceis, mas se sabe, que a ética não entra diretamente no mérito de como resolver o problema econômico, nem tem como função, apresentar soluções que são competência exclusiva das empresas e do governo, ou dos empresários ou economistas, porém, os economistas devem ter presente que o critério ético deve orientar o critério econômico, mas tudo isto perpassa pela urgência na promoção dos mecanismos públicos ou privados, que promovam, multipliquem e direcionem ações educativas frente a problemática necessidade humana do consumo.

Para Ernesto Martins (2004, p. 27),

A educação para o consumo está apoiada em duas perspectivas: uma formação personalizada ou individualizada de conscientização ética, e uma formação social no âmbito de uma educação para a cidadania e tomada de consciência comunitária para a problemática do consumo e do ambiente. O objetivo final da educação para o consumo é que o sujeito seja autossuficiente e tenha domínio consciente do seu comportamento à volta das dependências negativas do consumo, além de ser capaz de agir comunitariamente, sendo solidário nas problemáticas consumistas.

Há muito tempo, mais precisamente em 1776, que Adam Smith ao publicar a obra *Riqueza das Nações*, iluminou todo o mistério sobre o mercado produtivo com apenas um lampejo: “O consumo é o objetivo e o desígnio único de qualquer produção”.

Nos dias atuais, os questionamentos se dão sobre os modelos produtivos e suas externalidades, sobre os conceitos de crescimento e desenvolvimento econômico, sobre a ética corporativa, a produção e o consumo conscientes, sobre a regulação estatal e as falhas de mercado.

Márcia Carla Ribeiro e Giovani Ribeiro Rodrigues Alves (2013, p. 152) afirmam que:

12 Economista brasileiro, formado na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade e em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas ambas da Universidade de São Paulo. É autor de diversos livros e artigos, tendo ganhado dois prêmios Jabuti: em 1994, com o livro *Vícios privados, benefícios públicos?* (Cia. das Letras, 1993) e, em 1995, com *As partes & o todo* (Siciliano, 1995). Atualmente leciona no Insper.

Mesmo que as empresas sejam os principais agentes econômicos e que o desenvolvimento das atividades empresariais pressuponha um ambiente de liberdade, não há como o Estado se omitir de interferir, seja para o aprimoramento das relações econômicas, seja para minimizar efeitos negativos, seja para incorporar novas formas de organização.

Jean Tirole, economista francês, Prêmio Nobel de Economia 2014, faz contribuições importantes, especialmente ao analisar o poder, a regulação e as falhas de mercado e diz que “é importante que o Estado regule certas atividades não para controlá-las, mas para assegurar o bom funcionamento dos mercados e torna-los cada vez mais abertos e competitivos”. Suas análises sobre empresas com poder de mercado resultaram em uma teoria unificada com uma forte influência sobre questões políticas centrais: como o governo deveria lidar com fusões e cartéis e como deveria regular os monopólios.

Justifica-se então o entendimento de que o ato de produzir e consumir, de forma semelhante as atividades humanas conscientes, são expressões das liberdades e, por assim reconhecer, estão inseridos no âmbito da ética, refletem as escolhas e ações dos indivíduos que têm de ser, portanto, explícita ou implicitamente justificados.

Uma ética do consumo é muito mais que uma reflexão sobre as condutas honestas ou desonestas num sistema de mercado, é muito mais que uma ética do consumidor, considerada uma subárea da ética do *marketing*. Trata de considerar um fenômeno, como o do consumo, que afeta todos os seres humanos, como um lugar privilegiado em que a economia se faz vida cotidiana e em que a vida cotidiana se economiza, com sua carga de motivações, crenças, identidades, juízos e ideais morais. (GONÇALVES, 2013, 164)

Ana Beatriz Barbosa Silva (2014, p. 178)

A economia de mercado que alicerça nossos tempos nunca foi tão eficaz na produção de riquezas materiais. Hoje, no mundo inteiro, milhões de pessoas ascendem monetariamente e conquistam melhores padrões de vida; novos-ricos surgem em quantidade e velocidade jamais imaginadas. Pela lógica da sociedade consumista, se mais e mais pessoas estão tendo melhores condições financeiras, era de esperar que o número de pessoas felizes crescesse com o mesmo vigor. Especialmente no mundo ocidental, a correlação entre crescimento econômico e felicidade é uma das “verdades” mas difundidas e propagadas pelos economistas e líderes políticos mais respeitados.

Discorrer sobre a ética empresarial aplicada ao consumo traduz-se numa aprofundada reflexão sobre as condutas corporativas num sistema de mercado. É muito mais que simplesmente divisar a problemática ética do consumidor, enquanto subárea da ética do

*marketing*. Em verdade, o desafio aqui proposto, enfoca o fenômeno do consumo como algo que atinge indiscriminadamente a todos os seres vivos, especialmente aos humanos. Este é um desafio que nutre a visão da vida cotidiana atrelada à ciência da economia, mas que antes de tudo, privilegia a ciência da ética, com sua carga de motivações, identidades, juízos, crenças e ideias morais.

## 5. Conclusões

A sociedade de consumo tem como motor propulsor do ato de consumir as facilidades de acesso ao crédito e promove a satisfação antecipada de desejos que caracterizam um modo hedonista, onde a busca pelo prazer imediato parece não ter limites. São malefícios deste modelo produtivo a indução do fenômeno social nocivo do hiperconsumo e o fenômeno jurídico do superendividamento que afastam a sociedade das práticas éticas que promovem o consumo sustentável.

A sociedade de consumo não conseguiu proteger o homem contemporâneo dos sentimentos de ansiedade, das frustrações e do medo, mas a nova ordem cultural na contemporaneidade valoriza os laços emocionais e sentimentais, a subjetividade e as relações afetivas mais duradouras.

O consumo e o ato de consumir são inescapáveis a condição da existência digna e a necessidade de se perpetuar enquanto ser vivo. Mas a tipologia das diversas formas de consumo pode adoecer os humanos, levando-os a centralizar a satisfação dos seus desejos nas aquisições que lhe são ofertadas e promovidas pelo mercado de consumo.

O acúmulo desnecessário de produtos e serviços estimula o consumismo. A hipérbole dos atos consumistas configura o quadro doentio ao qual se denomina hiperconsumismo.

Os fornecedores são cada vez mais compelidos a implantar novas técnicas mercadológicas que cumpram o poder de atrair e fidelizar o consumidor. Isto exigirá o estudo e o discernimento por parte dos estrategistas empresariais do que o *marketing* chama de modismos, tendências e megatendências.

A ética e a economia, enquanto ciências, tem o mesmo objeto, estudam o homem. A primeira estuda as ações humanas em relação à sua moralidade, e a segunda estuda a sociedade e a satisfação das necessidades por meios da escassez de recursos quantitativamente limitados.

Os consumidores do futuro estarão cada vez mais preocupados com a sustentabilidade. Privilegiará não apenas o preço, mas também a especificidade dos produtos diante da diversidade e do correspondente poder de segmentação do mercado de consumo.

## 6. Referências

- BARBOSA, Livia. CAMPBELL, Colin. **Cultura, Consumo e Identidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade do consumo e do crédito não funciona mais**. Programa Milênio, Globo News. Entrevista sobre concedida em 27 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-27/ideias-milenio-zygmunt-bauman-sociologo-polones>>. Acesso em 24 de Mai.15.
- CAMPBELL, Colin. **Eu compro, logo sei que existo: as bases metafísicas do consumo moderno**. In Barbosa, Livia & Campbell, Colin (org). **Cultura, Consumo e Identidade** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- COMIN, Fabio Scorsolini. **Resenha: A felicidade paradoxal: ensaios sobre a sociedade de hiperconsumo de Gilles Lipovetsky**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-73722009000100024](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722009000100024)>. Acesso em 24 de Mai.15.
- DIEHL, Bianca Tams (Org.). **Educação para o consumo**. Curitiba: Multideia, 2014.
- DRUCKER, Peter. **O melhor de Peter Drucker: obra completa**. São Paulo: Nobel, 2002.
- EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito nas Relações de Consumo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 3ª.ed. São Paulo, Positivo, 2004.
- GONÇALVES, Marco Antônio. CESCÓN, Everaldo. **Ética e consumo: o consumo como estratégia ético-política**. Conjectura: Filos. Educ. Caxias do Sul, v. 18, n. 3, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/download/2187/1420>>. Acesso em 22 de Mai.15.
- GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- KOTLER, Philip. **Administração de Marketing: análise, planejamento, implementação e controle**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- \_\_\_\_\_; KELLER, K. L. **Administração de Marketing**. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007,

- MARTINS, Ernesto. **Educação, consumo e participação comunitária**. Gestin, ano III, n. 3, p. 27-35, dez. 2004. Disponível em: <<http://repositorio.ipcb.pt/handle/10400.11/1256>>. Acesso em: 17 mai. 2015.
- NUNES, Gilcerlândia Pinheiro Almeida. **Resenha: A Felicidade Paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Revista Inter-Legere, nº 5 – Reflexões. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/interlegere/05/pdf/le01.pdf>>. Acesso em 23 Abr.15.
- POPCORN, F. O Relatório Popcorn: **Centenas de Ideias de Novos Produtos, Empreendimentos e Novos Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 1993.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Desenvolvimento E Reforma Institucional: Os Exemplos do BNDES e das Sociedades Estatais no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Napolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. IPEA: Brasília, 2013, v. 1, p. 151-176.
- RUSCHEINSKY, Aloisio (Org.). **Educação Ambiental. Abordagens múltiplas**. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.
- SCHWERINER, Mário Ernesto René. **Comportamento do Consumidor: identificando necejos e supérfluos essenciais**. Saraiva: São Paulo, 2006.
- SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. São Paulo: Cia das Letras, 2006.
- SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Consumistas: do consumismo à compulsão por compras**. 1. ed. São Paulo: Globo (Principium), 2014.
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. 1976. Tradução Roberto Franco Valente. Editora Zahar: Rio de Janeiro, 2008.
- TACHIZAWA, Takeshy. **Gestão socioambiental: Estratégias na nova era de sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- TIROLE, Jean. **Economista Jean Tirole, da França, ganha o Nobel de Economia de 2014**. Do G1, em São Paulo. 13/10/2014 08h05. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/10/jean-tirole-ganha-o-nobel-de-economia.html>>. Acesso em: 25 Mai.15.
- VENTURA, Rodrigo. **Mudanças no Perfil do Consumo no Brasil: Principais Tendências nos Próximos 20 Anos**. Relatório Macoplan, 2010. Disponível em: <<http://www.macoplan.com.br/documentos/artigomacoplan2010817182941.pdf>>. Acesso em 16 de Mai.15.
- WEBER, Max. **A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo**. Tradução José Carlos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

# AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS

---

CARLOS ALEXANDRE MORAES

Coordenador do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR. Mestre em Direito Programa de Mestrado em Direito com ênfase em Direitos da Personalidade do Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR. Doutor em Ciências da Educação – UPAP. Doutorando em Função Social do Direito – FADISP.

MARTA BEATRIZ TANAKA FERDINANDI

Possui graduação em DIREITO pelo Centro Universitário Cesumar - UNICESUMAR (2001). Mestrado em Ciências Jurídicas, pelo Centro Universitário Cesumar – UNICESUMAR (2010). Atualmente é Docente, Advogada e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário Cesumar - UNICESUMAR.

## Resumo

O presente artigo trata da problemática relacionada a responsabilidade civil dos pais quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida. Traçou-se uma discussão acerca dos reflexos dos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana na utilização dessas técnicas, delineando uma a uma das mesmas que possam dar ensejo a possíveis danos ao embrião, nascituro ou filho já nascido. Na discussão das técnicas de reprodução humana assistida, delineou-se as permitidas pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução n. 2013/2013 e destacou-se a omissão do ordenamento jurídico com relação a regulamentação ao uso dessas técnicas, visto que, o único instrumento normativo que trata do assunto, que é a Lei n. 11.105/2005 não o fez especificamente. Foi apresentado assim, todas as técnicas de reprodução humana assistida que dão ensejo a uma possível potencialização da vulnerabilidade do embrião e as possíveis respostas acerca do *status* jurídico do embrião que a doutrina tenta traçar. Por fim, discutiu-se as formas de responsabilidade civil, relacionando-a à parentalidade responsável e aos danos que decorrem do não exercício da mesma quando da utilização dessas técnicas.

## Palavras-chave

Reprodução humana assistida; Parentalidade responsável; Embrião; Responsabilidade civil.

## Abstract

The present study aims to analyze the issues related to the civil responsibility of parents, when using the assisted human reproductions techniques. Drew up a discussion about the reflections of the principles of responsible parenting and of human dignity in the use of those techniques, delineating one by one of them that can cause damages to the embryo, unborn or child already born. Discussing about the assisted human reproduction techniques, it outlined those allowed by the Federal Medical Council through the Resolution nº 2013/2013 and stood out the legal system omission related to the regulation of the use of those techniques, since the only legal instrument that deals with it, that is the Law nº 11.105/2005, did not specify about it. Was presented therefore, all human assisted reproduction techniques that give rise to a possible potentiation of vulnerability of the embryo as well as to possibly answers regarding to the legal status of the embryo that the doctrine is trying to trace. Finally, we discussed about the civil responsibility forms, relating it to the responsible parenthood and the damages caused from not using those techniques.

## Key words

Human Assisted Reproductions; Responsible Parenthood; Embryo; Civil Liability.

## 1. Introdução

A parentalidade responsável e a dignidade humana tem sido os princípios que fundamentam o livre exercício do planejamento familiar que é constitucionalmente garantido.

A partir do século XX a evolução das técnicas de reprodução humana assistida trouxe à tona diversas discussões jurídicas, uma delas trata-se da problemática da responsabilização dos pais na utilização dessas técnicas.

A Constituição Federal de 1988 trouxe o planejamento familiar como livre, com observância dos princípios da parentalidade responsável e da dignidade humana.

As técnicas disponíveis na realização do projeto parental, as que mais se destacam são o diagnóstico genético pré-implantatório, a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a maternidade substitutiva e a inseminação *post mortem*.

Trata-se assim de tema polêmico, mas atualmente é regulamentado somente pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013, que dispõe apenas acerca das normas éticas.

Portanto, há clara omissão do ordenamento jurídico relacionado a regulamentação adequada dessas técnicas, a única lei que trata do assunto, a Lei n. 11.105/2005 não trouxe o tratamento adequado ao tema.



Outra discussão relacionada a essas situações está relacionado ao *status* jurídico do embrião. Foi apresentada as diversas discussões existentes para na doutrina, apontando a teoria aplicada ao Código Civil e qual seria a forma mais adequada para ser tratado.

Esse trabalho tratará da problemática da responsabilidade civil dentro do âmbito familiar com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, visto que no ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer Lei que regulamente essas técnicas, apenas o Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 2.013/2013) que normatizou no âmbito administrativo e ético e a Lei n. 11.105/2005 que não enfrentou o problema e apenas proibiu a manipulação em desacordo com a legislação e a clonagem de embriões humanos.

Quando da utilização dessas técnicas os pais devem ter uma noção do significado e consequências que a parentalidade responsável gera, inclusive a título de responsabilidade civil.

Quando não há o respaldo da dignidade da pessoa humana ou principalmente da parentalidade responsável na realização do projeto parental, inúmeros conflitos jurídicos passam a existir, como a manipulação genética não só no intuito de prevenir doenças, mas sim com fins eugênicos, a aplicação da técnica de redução embrionária, desordens que podem envolver a gestação substitutiva, as consequências da inseminação *post mortem* privando a criança da convivência familiar do *de cuius*, a destinação dos embriões excedentários, dentre outras situações.

Diante do emprego dessas técnicas não se nega a responsabilidade dos pais perante esse ser em desenvolvimento, visto que, as consequências desta refletirá por toda a vida daquele, não somente como criança, mas também quando adolescente, jovem, adulto e idoso.

É justamente nessa seara que surge a discussão da possibilidade de surgir a responsabilidade civil dos pais por essa inobservância, tendo sido o tema delineado a partir dessa problemática.

Por fim, a pesquisa do tema justifica-se por ser relevante tanto para a sociedade como para a comunidade científica, abordando a intervenção do Estado na questão da utilização das técnicas de reprodução humana assistida sem a observância da parentalidade responsável que dê ensejo a responsabilidade civil para esses pais e para sua realização foi utilizado o método teórico, no intuito de fundamentar as posições tomadas acerca do tema.

## **2. A Parentalidade Responsável Frente à Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida**

A evolução das técnicas de reprodução humana assistida a partir do século XX trouxe à tona diversas discussões jurídicas, bem como a possibilidade não só de realização do

projeto parental por casais com problemas de fecundidade ou esterilidade, mas também por casais homoafetivos ou pessoas solteiras.

Foi a Constituição Federal de 1988 que o planejamento familiar foi colocado como livre, silenciando-se sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida na realização desse projeto parental, no entanto, torna-se evidente que, se há a garantia da formação de uma família por métodos naturais, deve-se reconhecer o direito daqueles que optem por procriar utilizando-se dessas técnicas também.

A Lei n. 9.263/2006 autorizou, em seu art. 9º, que, para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos de reprodução assistida. Enquanto que o Código Civil apenas tratou do tema no art. 1.597, para disciplinar a presunção de paternidade.

Assim pode-se concluir que as técnicas de reprodução humana assistida foram permitidas aos casais com problemas de esterilidade ou fertilidade, aos casais homoafetivos ou às pessoas solteiras, conforme a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

Essas técnicas permitem a fecundação humana, por meio da manipulação de gametas e embriões, com o objetivo de propiciar o nascimento de um novo ser.<sup>1</sup>

Dentre essas técnicas disponíveis na realização do projeto parental, as de maior destaque são o diagnóstico genético pré-implantatório, a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a maternidade substitutiva e a inseminação *post mortem*.

A inseminação é obtida sem que haja um relacionamento sexual, por meio de recursos mecânicos, com a introdução do sêmen no útero feminino. Podendo ser homóloga, quando o material genético utilizado é do casal, ou seja, pertence ao homem e à mulher que vivem em união estável ou casados, ou heteróloga, que é aquela realizada com o material genético de um terceiro, alheio ao relacionamento do casal.<sup>2</sup>

Já a fertilização *in vitro* trata-se do método em que a fertilização é realizada em laboratório e ocorre após a transferência do embrião ao útero materno. Deverá ser utilizada quando se houver esgotado o emprego das outras técnicas, visto que é mais invasiva que as demais.<sup>3</sup>

Trata-se assim de tema polêmico, pois interfere diretamente no processo natural da pessoa, desafiando o legislador a reformular conceitos jurídicos já existentes.<sup>4</sup>

1 SÁ; NAVES, 2009, p. 110.

2 SILVA, 2002, p. 54.

3 SÁ; NAVES, 2009, p. 111.

4 ROSA; CARDIN, 2012.

Atualmente o emprego dessas técnicas é regulamentado somente pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013, que dispõe apenas acerca das normas éticas, limitando somente no campo ético essas questões.

Essa Resolução permite que essas técnicas sejam utilizadas desde que haja efetiva probabilidade de sucesso, não trazendo risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, observando para essas mulheres a idade máxima de 50 anos para a gestação oriunda de reprodução assistida.<sup>5</sup>

Com a finalidade de resguardar saúde da mulher que se submete a essas técnicas o Conselho Federal de Medicina também limita o número de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora que não poderá ser superior a quatro, variando de acordo com a idade da mulher.<sup>6</sup>

Ainda a Resolução traz que deverá existir o consentimento informado para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução humana assistida, devendo também o médico trazer todas as informações detalhadamente das circunstâncias abrangidas, atingindo dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.<sup>7</sup>

Destarte, a infertilidade humana é considerada um problema de saúde, assim, os profissionais da saúde que estiverem realizando esses procedimentos devem ter o cuidado de além de utilizarem um contrato de prestação de serviços que seja adequadamente elaborado, também ter o consentimento informado do paciente, visto que trata-se de uma exigência da própria resolução.

#### 5 “I - PRINCÍPIOS GERAIS

(...) 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos”. (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014).

#### 6 “I - PRINCÍPIOS GERAIS

(...)6 – O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos”. (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014).

7 “3 - O consentimento informado será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida.” (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014).

Esse consentimento informado irá legitimar o emprego das técnicas, sendo indispensável para a prestação desse serviço, devendo o médico informar todos os possíveis resultados ou não de sua utilização. Assim pode-se afirmar que o consentimento informado é a concordância na aceitação dos serviços a serem prestados pelo profissional de saúde em troca do pagamento do paciente ou responsável, devendo estar esse informado de forma clara e objetiva do que está consentindo.<sup>8</sup>

E mais ainda, trata-se do assentimento para o próprio procedimento, representando o direito do paciente ao respeito à sua integridade pessoal, bem como a disposição de seu corpo de acordo com os bons costumes e a moral.<sup>9</sup>

O grande problema apresentado ao consentimento informado ocorre na medida que questiona-se sua validade quando é utilizado como por exemplo, para a escolha de características genéticas para o filho, escolha do sexo do bebê, para evitar a transmissão de doenças geneticamente transmissíveis, dentre outras?

Nesse sentido, defende-se que do ponto de vista ético na utilização das técnicas de reprodução humana assistida é necessária uma regulamentação visto que nem sempre essas observam uma autonomia responsável, com determinada vigilância a fim de garantir e respeitar os direitos fundamentais das pessoas envolvidas no procedimento.

Ademais, apesar de serem proibidas pela resolução do Conselho Federal de Medicina as práticas de eugenia, de redução embrionária ou de sexagem, comumente se ouve notícias acerca da realização dessas hipóteses visto que não há uma lei que regulamente tais circunstâncias, o que contraria totalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>10</sup>

Com relação aos embriões excedentes a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu que os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se essa for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

Já o diagnóstico genético pré-implantatório é autorizado pela Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, desde que seja detectado doenças hereditárias no casal, impedindo assim a transmissão dessas para o filho e também em caso de seleção de tipagem do sistema HLA do embrião para seleção de HLA compatíveis com um filho do casal afetado por alguma doença cujo o tratamento efetivo por meio do

8 ROBERTO, 2008, p. 87-88.

9 ROBERTO, 2008, p. 87-88.

10 "4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer." (BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014).

transplante de células-tronco ou órgão, o que é conhecido como “bebê-medicamento”, “bebê-doutor”, “bebê-salvador” ou “bebê de dupla esperança”.

O bebê medicamento é uma das inovações trazidas pelo Conselho Federal de Medicina e merece destaque, visto que permite inclusive a transferência de células do bebê para o irmão mais velho que tenha doença genética grave. Apesar de haver essa seleção genética, ainda é proibido escolher o sexo do bebê, exceto quando a seleção envolva doenças relacionadas ao sexo.<sup>11</sup>

Assim pode-se citar como exemplo o caso de um casal que tem um filho que precisa de transplante de medula, procurando a ajuda dessas técnicas poderá produzir, por meio da reprodução humana assistida, um filho geneticamente compatível com o primeiro para efeito do transplante. Portanto, esse filho concebido com a intenção de salvar um irmão mais velho que tem uma doença genética grave faz a coleta de material genético já após o parto para um possível transplante se o recém-nascido for compatível com o doente, a simples presença de uma hemoglobina funcional pode acarretar a cura total dessa doença.<sup>12</sup>

Trata-se de uma questão polêmica e muito atual, mas muito pouco discutida no Brasil, a Maria Clara, foi a primeira bebê medicamento da América Latina que “gerada e selecionada *in vitro* para ser compatível geneticamente e, portanto, doadora para a sua irmã mais velha, Maria Vitória”<sup>13</sup>, trazendo ao país uma série de questionamentos relacionados a dignidade de ser que foi gestado nessa situação.

Trata-se de uma resposta que deverá ser buscada na ética, visto que bem preconiza o princípio da dignidade humana em que o ser humano tem que ter um fim em si mesmo.

Diagnóstico genético pré-implantatório trata-se de uma técnica que permite a seleção e análise genética dos embriões com a escolha daquele que deverá ser implantado e a possibilidade de detectar possíveis anomalias, ou a certeza de que os embriões são geneticamente normais<sup>14</sup>.

A possibilidade de poder escolher o sexo ou as características físicas de um filho traz a tona a possibilidade de realização da eugenia e por isso faz-se imprescindível a limitação e o controle normativo dessas técnicas.

Identifica-se duas formas de eugenia, a negativa que é aquela empregada no sentido de eliminar características indesejáveis, evitando sua transmissão, evitando-se o nascimento de indivíduos com genes considerados inferiores, e a eugenia positiva, na qual busca

11 BRASIL. Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014

12 MAROJA; LAINÉ, Agnès, 2014.

13 GARCIA, Lenise, 2014.

14 ROBERTO, 2008, p. 154.

promover que características desejáveis (boas ou más) sejam transferidas, objetivando favorecer o nascimento de indivíduos com determinados problemas.<sup>15</sup>

Portanto, o diagnóstico não poderá ter outro fim que não o de impedir doenças hereditárias e a possibilidade do bebê medicamento, ou seja, apenas para fins terapêuticos, jamais eugênicos fundamentados em valores racistas, sexistas, étnicos, dentre outros<sup>16</sup>.

Tiago Figo Freitas adverte que nem sempre este procedimento é utilizado de forma lícita, ou seja, com o intuito de identificar os riscos para a saúde da mulher grávida ou a normalidade da criança que está por vir.<sup>17</sup>

Com relação a maternidade substitutiva está autorizada pela Resolução n. 2.013/2013, devendo ser utilizada sempre que a mulher tiver algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de ser um casal homoafetivo.<sup>18</sup>

As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos cônjuges ou companheiros, com parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; 8 segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima) e com a idade de no máximo 50 anos. Frise-se que não deverá ter fim lucrativo e a resolução inovou quando trouxe a garantia do registro civil da criança pelos pais genéticos, com a documentação a ser providenciada durante a gravidez e também, a exigência de que se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá necessariamente apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro.<sup>19</sup>

Também tem-se a redução embrionária, outro procedimento que a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina proíbe os profissionais da saúde de realizarem, no entanto, que é utilizado frequentemente já que essa proibição fica restrito a seara ética dos médicos.

Trata-se a redução embrionária uma prática invasiva realizada no final do primeiro trimestre, em que se faz uma punção do tórax do feto com a infusão de cloreto de potássio, resultando na parada cardíaca deste.<sup>20</sup>

Há na realização dessa prática um tremendo relativismo ético, em decorrência de que as práticas de congelamento, de redução embrionária, bem como as pesquisas com embriões, apesar de terem como resultado a destruição destes, não são penalizadas. Aqui

15 VIEIRA, 2009, p. 47.

16 ROSA; CARDIN, 2012.

17 FIGO FREITAS, 2010, p. 142-143.

18 BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014.

19 BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014.

20 FARIA; PETTERSEN, 2010, p. 374.

também faz-se necessário a regulamentação de tal prática para casos extremos, visto que, a redução indiscriminada atenta quanto à vida dos fetos.<sup>21</sup>

Outro procedimento é a inseminação *post mortem*, realizada após a morte de um dos genitores que é permitido pela Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, desde que haja autorização prévia e específica do(a) falecido(a) para a utilização do material biológico criopreservado, e observe a legislação vigente.<sup>22</sup>

Destarte, trata-se de uma técnica que pode gerar inúmeros conflitos na área jurídica, pois atinge os direitos personalíssimos dos embriões envolvidos, em decorrência das consequências pessoais e patrimoniais a que ficam submetidos.<sup>23</sup>

Portanto, a mulher precisará do consentimento do esposo ou do companheiro, tanto na reprodução assistida homóloga quanto na heteróloga para realizar tal procedimento.<sup>24</sup>

Para Sílvio de Salvo Venosa, o Código Civil é omissivo, pois “não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade.”<sup>25</sup>

Nesse sentido, quando a inseminação for realizada sem o consentimento expresso do marido ou do companheiro, deve ser reconhecido apenas o vínculo de filiação, não gerando direitos de ordem patrimonial, como os direitos sucessórios<sup>26</sup>, essa medida deve ser tomada para que não se gere conflitos de nível patrimonial entre os herdeiros já nascidos a época da morte e os que possam vir a nascer depois por puro interesse patrimonial do pai ou mãe sobrevivente.

Não obstante, tal posicionamento deve ser rechaçado, porque com base no princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos, os nascidos por reprodução assistida tem o direito à filiação e à sucessão, como os demais filhos o problema é qual herança teria, se ao tempo da inseminação já não houvesse mais bens.

A proteção do embrião frente a inseminação *post mortem*, deve ser avaliada pois os direitos à filiação, ao convívio familiar, e a dignidade do ser em desenvolvimento deve preponderar sob o direito de procriar da pessoa que a realize.

Logo, na inseminação *post mortem* é necessário uma lei no sentido de fixar lapso temporal para a transferência desses embriões após a morte, pois enquanto isso não ocorre o direito sucessório desse embrião está condicionado ao nascimento até dois anos da abertura

21 Nesse sentido: CARDIN; ROSA, 2013, p. 192; ROSA; CARDIN, 2012.

22 BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2013.

23 ROSA; CARDIN, 2012.

24 CARDIN; WINCKLER, 2012, p. 66.

25 VENOSA, 2005, p. 256.

26 Nesse sentido, DELGADO, 2004.

da sucessão, enquanto que o direito a herança, no prazo de 10 anos por meio da ação de petição de herança, trata-se de umas das problemáticas mais complexas relacionadas as técnicas de reprodução humana assistida.

Pode-se afirmar que diante da utilização de todas essas técnicas apresentadas acima, as soluções para tais conflitos geram muitas controvérsias entre os doutrinadores, porque não há uma legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro acerca do tema. Somente a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.013/2013 que disciplina a matéria com normas de ordem administrativa e ética, sancionando apenas os profissionais da área da saúde. Há também a Lei de Biossegurança, contudo só tratou da destinação dos embriões excedentários, do lapso temporal de criopreservação e da proibição da clonagem humana e manipulação genética.

Por fim, ressalta-se que o exercício da parentalidade responsável é imprescindível quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida para que não cause qualquer consequência que possa ser maléfica em decorrência de seu uso à criança que está a ser gerada, podendo gerar até mesmo responsabilidades para esses pais.

### 3. Embrião: Sujeito ou Objeto de Direito?

Quando se trata de reprodução humana assistida não se pode esquecer que as maiores discussões recaem sobre o *status* jurídico do embrião *in vitro*, visto que o ordenamento jurídico não dispõe nada sobre ele, ou seja, o deixa a cargo do Conselho Federal de Medicina, sendo que a Lei de Biossegurança somente dispõe sobre as condutas acima delineadas.

Há diante da humanidade uma tecnologia que promete intervir nos genes humanos buscando a criação de seres perfeitos que permitirá prolongar a vida desses cada vez mais.<sup>27</sup> Com essas intervenções, surgem questões controversas e dentre elas, de quais são e devem ser os limites para a manipulação do embrião humano e por qual motivo deve ser protegido, embora ainda não seja considerado um sujeito de direito.<sup>28</sup>

Segundo Francisco Amaral sujeito de direito pode ser considerado aquele que participa de uma relação jurídica, sendo, portanto, titular de direitos e deveres. Já quando se trata de personalidade jurídica sabe-se que é qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres.<sup>29</sup>

Grande complexidade também reside na discussão do início da vida humana, mas as dificuldades aumentaram com o embrião *in vitro*<sup>30</sup>, pois estes são concebidos e

27 SÁ; NAVES, 2009, p.159.

28 CARDIN; ROSA, 2014.

29 AMARAL, 1998, p. 205.

30 ROMEO CASABONA; QUEIROZ, 2005, p.249.



mantidos em laboratório, não podendo ser classificados como nascituros, muito menos prole eventual.

Portanto, o embrião não pode ser confundido com a pessoa, o nascituro ou até mesmo com a prole eventual, pois apesar de possuírem a mesma natureza, estão em estados de desenvolvimento diferenciados, devendo receber uma proteção, mas diferenciada.

Quando se fala de pessoa, tem-se a dimensão de ser o ser humano, dotado de corpo, mente e espírito, diferenciando-se dos demais seres vivos por possuir racionalidade, poder de livre arbítrio e capacidade de se organizar por meio de normas.<sup>31</sup>

Ao se tratar de nascituro considera-se aquele que não nasceu, mas que já foi concebido, sendo sujeito de direito, visto que o próprio Código Civil dispõe que deve ser protegido, sendo encontrado no ordenamento até alguns direitos em que podem ser titulares.

Atente-se ao fato de que o nascituro não é dotado de personalidade jurídica<sup>32</sup>, apenas possui uma expectativa de vida humana, a lei não deixa de observar esse aspecto, assegurando-lhe previamente eventuais direitos.

Já a prole eventual, considerada aquela que ainda está por nascer, não foi concebida, por isso não pode ter a mesma tutela que o embrião. É um instituto do direito brasileiro e que de acordo com o inciso I do art. 1.799 do Código Civil são considerados os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, que estejam vivas à época da abertura da sucessão.

Com isso surge uma nova questão ao ordenamento jurídico, acrescentando a discussão referente ao *status* jurídico dos embriões *in vitro*.

Maria Helena Diniz entende que “a vida humana é amparada juridicamente desde o momento da singamia, ou seja, da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide”.<sup>33</sup>

Ainda afirma que o embrião tem todos os atributos da espécie humana, merece a proteção de sua vida, integridade física e dignidade (CF, arts.1º, III, e 5º, III), imagem científica (DNA) não se admitindo qualquer investigação experimental.<sup>34</sup>

Wanderlei de Paula Barreto diferencia o embrião *in anima nobile* do *in vitro*. O primeiro é entendido como aquele que está implantado dentro do útero materno, em fase de gestação, logo estes poderiam ser considerados como pessoa dependendo da teoria do

31 BARRETO, 2004, p. 3.

32 O Código Civil em seu art. 2º traz que, a pessoa adquire a personalidade jurídica com seu nascimento com vida, mas a lei tutela os direitos do nascituro desde a concepção. Portanto, apesar de não ter personalidade jurídica, o ordenamento jurídico assegura os direitos do nascituro.

33 DINIZ, 2010, p.22.

34 DINIZ, 2010, p.508.

início da vida que for adotada (natalista, concepcionista, da personalidade condicional, dentre outras). Já o embrião *in vitro*, considera-se aquele que foi criado em laboratório e pode ser implantado no útero depois, este não pode ser considerado como pessoa, pois seu desenvolvimento só ocorrerá quando houver a implantação, ou seja, uma vida não imediata.<sup>35</sup>

Já para Silmara Juny A. Chinellato Almeida, os embriões congelados não podem ter a mesma condição do nascituro, o que lhes seria atribuído assim que houvesse a implantação no útero, com o início da gravidez. Somente a partir desse momento é que existiria um novo ser, sendo que a proteção dada ao embrião *in vitro* deve ser a de uma pessoa virtual ou *in fieri*.<sup>36</sup>

Ressalte-se que, as características da continuidade e desenvolvimento do embrião, juntamente com a sua nova informação genética, faz dele uma nova vida humana, ressaltando desta forma, a importância do embrião sobre as demais células do corpo humano.<sup>37</sup>

Quando o ordenamento jurídico reafirma a proteção da vida humana desde a concepção não pressupõe, a atribuição de personalidade jurídica a esse nascituro, pois essa decorre do nascimento com vida. Já ao embrião, em qualquer fase, deve ser tutelado, mas “não há como considerá-lo detentor de direitos subjetivos, deveres jurídicos, direitos potestativos, sujeição, poderes, ônus ou faculdades”.<sup>38</sup>

O Pacto de São José de Costa Rica estabelece em seus dispositivos, diversos direitos fundamentais dos seres humanos, dentre eles o direito à vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e se dá desde o momento da concepção, não há no documento qualquer distinção entre vida humana intra ou extrauterina, portanto pode-se concluir que a Constituição Brasileira protege o direito a vida da pessoa e que esse direito começa no momento da concepção.<sup>39</sup>

O direito a vida é prioritário, pois sem ele não seria possível o exercício dos outros direitos fundamentais.<sup>40</sup> Ele prevalece sobre qualquer outro direito, ou seja, se houver “conflito entre dois direitos, incidirá o princípio do primado do mais relevante”.<sup>41</sup>

Portanto, o direito à vida é um direito fundamental, indisponível, porque ninguém pode desfazer-se do direito de continuar a viver, visto ser uma cláusula pétrea do ordenamento jurídico e consiste no maior bem do homem, pois condiciona os demais direitos da personalidade. Sendo assim, deve ser protegido contra tudo e contra todos.<sup>42</sup>

35 BARRETO, 2011.

36 ALMEIDA, 2000, p. 11.

37 ANDORNO, 1998, p. 170.

38 SÁ; NAVES, 2009, p. 125.

39 MEIRELLES; NETO, 2014.

40 GARCIA, Maria. [et. al.], 2010, p. 108.

41 DINIZ, 2010, p.25.

42 LAGO, Danieli. op. cit.

No entanto, considera-se que a vida não se restringe apenas a seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, que é própria das matérias orgânicas, mas sim é constituída por um processo vital instaurado com a concepção e passa por uma série de transformações até se chegar a morte.<sup>43</sup>

Também não se pode esquecer de um princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, que é o da dignidade da pessoa humana e que encontra-se dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, com uma natureza constitucional previsto no inciso III, artigo 1º da Constituição Federal e esta inserido no núcleo dos direitos fundamentais, a fim de proteger os direitos humanos contra qualquer tipo de violação<sup>44</sup>.

Segundo Emmanuel Kant, “a dignidade da pessoa é considerada como fim e não como meio, repudiando toda e qualquer coisificação e instrumentalização do ser humano”.<sup>45</sup>

Por esse princípio tem-se a convicção de que todas as pessoas, indistintamente, sejam dignas e, portanto, tratadas com igual respeito e consideração tanto entre si quanto pelo Estado<sup>46</sup>, e não se distingue as fases de desenvolvimento em que a vida humana se encontra.

Existem atualmente diversas teorias que tentam explicar o início da proteção jurídica à vida humana, delas três teorias são mais relevantes em apontar, sendo elas: teoria natalista, na qual o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida; teoria da personalidade condicional, em que os direitos do nascituro estão subordinados a uma condição, sendo esta o nascimento com vida, portanto, a personalidade começa com a concepção, mas o exercício de alguns direitos estão condicionados a seu nascimento com vida; e, por fim, a teoria concepcionista, que considera que o nascituro adquire a capacidade de direitos no momento de sua concepção<sup>47</sup>.

Já o Código Civil brasileiro adotou a teoria natalista, estabelecendo em seu artigo 2º, que a personalidade da pessoa começa do nascimento com vida, pondo a salvo desde a concepção os direitos do nascituro<sup>48</sup>.

Destarte, o art. 5º da Lei n. 11.105/2005, única lei que trata sobre o embrião, foi objeto de uma ação de inconstitucionalidade e dispõe que será permitida a utilização desses embriões excedentários com intuito terapêutico e de pesquisa desde que sejam

43 RIBAS, 2014.

44 SÁ; NAVES, 2009, p.56.

45 VASCONCELOS, 2006, p.113.

46 CHUEIRI, 2009, p.43.

47 ALMEIDA apud ROMEO CASABONA; QUEIROZ, 2005, p.250.

48 BRASIL, *Código Civil brasileiro*. Disponível em: Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 nov. 2014.

considerados inviáveis, ou estejam congelados há três anos ou mais da data de publicação da lei, com o consentimento dos genitores sem fins lucrativos.

Em regra, esse lapso temporal de três anos é fundamentado no sentido que nesse prazo o casal terá tempo razoável para decidir sobre seu projeto parental, ou seja, a concretização do seu planejamento familiar.

Mas é justamente na destinação para as pesquisas científicas que a vulnerabilidade do embrião se potencializa, visto que o ordenamento jurídico não contribuiu na imposição de limites claros, tornando-se controversos.

Com relação aos embriões inviáveis considera-se aqueles sem potencialidade para o desenvolvimento celular. Apenas 30% a 40% dos embriões criopreservados excedentes possuem um bom potencial reprodutivo, já os de baixo potencial, que representam menos de 10%, são fruto de tratamento em que a paciente não engravidou. Portanto, os primeiros podem ser doados a casais com dificuldades de reprodução e sem condições de arcar com os custos de um tratamento.<sup>49</sup> Os últimos, deveram ser encaminhados à pesquisa, com o devido consentimento dos genitores.

O grande problema é que a adoção de embriões levantam outros conflitos jurídicos, tal como, por exemplo, o direito ao conhecimento da origem genética que é um direito personalíssimo, em face ao direito de sigilo do doador, a possibilidade de existência de impedimentos matrimoniais constantes no art. 1521 do CC a futuros casais, dentre outros.

Outra classificação de embriões inviáveis é de que podem existir duas espécies, àqueles que não têm qualidade para implantação, estando muito fragmentados ou pararam de se dividir ou àqueles que têm mutações responsáveis por doenças genéticas, sendo possível detectá-las antes de sua transferência para o útero.<sup>50</sup>

Mas na verdade quem vai detectar essa viabilidade é o próprio médico que realiza o diagnóstico pré-implantacional, ficando novamente a cargo de sua ética a consideração de viabilidade desse embrião.

Portanto, apesar de os embriões *in vitro* estarem distantes de ser pessoa concebida pela lei formal, devem ser protegidos da mesma forma que as pessoas e os nascituros são, o mais razoável seria conferir uma tutela particular a este, “desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe enfim, proteção jurídica condizente<sup>51</sup>” a sua situação.

49 Disponível em: [http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas\\_tronco.htm](http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas_tronco.htm). Acesso em: 12 nov. 2011.

50 ZATZ, 2014.

51 ROMEO CASABONA; QUEIROZ, 2005, p.268.

Verifica-se então, que o embrião já implantado é sim titular de direitos, enquanto o embrião *in vitro*, apesar de não ser um sujeito possuidor de direitos, não se nega a natureza humana, ou seja, devendo sim receber uma tutela, pois as próprias técnicas de manipulação genética o colocam em situação de vulnerável.

Desta forma, o próprio ato de viver nos coloca em situação de vulnerabilidade, podendo ser potencializada de acordo com a situação ou relação em que se encontra.

Assim, essa vulnerabilidade está presente em todos os seres vivos, pois estar vivo implica estar suscetível a um perigo ou a um eventual dano.<sup>52</sup>

A situação do embrião *in vitro* se coloca em um papel de vulnerabilidade corrente, pois trata-se de um ser que não possui capacidade de defesa ou ao menos de expressar sua vontade, é naturalmente frágil, pois seu desenvolvimento dependerá de uma série de fatores externos.

Por fim, o maior problema da reprodução humana assistida esteja no sentido de que permite que as pessoas que optem por realizar o projeto parental por meio delas, façam escolhas que possam influenciar a vida desse embrião ao longo de todas as fases de sua vida.

#### **4. A Problemática da Responsabilidade Civil dos Pais Decorrente da Utilização das Técnicas de Reprodução Humana Assistida**

Tem-se a dimensão que a parentalidade responsável trata-se da obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual, material, espiritual e sexual aos filhos.<sup>53</sup>

Por isso o planejamento familiar é livre desde que observados a parentalidade responsável e a dignidade da pessoa humana, pois exige que o casal ou a pessoa esteja consciente do ato de planejar a família, trazendo aos consortes uma responsabilidade social.<sup>54</sup>

O princípio da parentalidade responsável se relaciona ao fato de que a responsabilidade dos pais com esta criança começa na concepção, estendendo-se até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos, efetivando-se desta forma, a garantia fundamental prevista no art. 227 da Constituição Federal atual.<sup>55</sup>

É por isso que a parentalidade responsável deve ser observada juntamente com o princípio da dignidade humana, afinal essa responsabilidade deverá ser ressalvada tanto

52 GARRAFA; PESSINI, 2003, p. 72.

53 ROSA; CARDIN, 2012.

54 REIS, 2008, p. 423.

55 PIREZ, Thiago José Teixeira. *Princípio da Paternidade Responsável*. [2001?]. Disponível em: [http://www.ampp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206\\_andreluiznogueiradacunha](http://www.ampp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha). Acesso em 02 set. 2007.

na formação, quanto na manutenção da família, e traduzida na busca de um ambiente propício para que seus membros possam se desenvolver saudavelmente e se realizar enquanto pessoa.<sup>56</sup>

Ressalta-se que, busca-se também o alcance da parentalidade responsável por uma ótica do cuidado, que caracteriza-se ontologicamente e em sua concepção filosófica como a existência do próprio homem, constituindo assim um dos valores jurídicos que legitima o estabelecimento de direitos e deveres inerentes às relações de natureza familiar.<sup>57</sup>

Ao se falar em responsabilidade civil remonta-se ao princípio de direito segundo o qual *non nemine laedere*, onde ninguém possui o direito de lesar outrem, sob pena de ter o dever de ressarcir o prejuízo causado.<sup>58</sup>

Responsabilidade, em sentido gramatical significa “obrigação de responder pelos seus atos ou pelos de outrem”<sup>59</sup>, ou seja, “res.pon.sa.bi.li.da.de s.f (responsável + i + dade) 1. Qualidade de responsável. 2. Dir Dever jurídico de responder pelos próprios atos e os de outrem, sempre que estes atos violem os direitos de terceiros, protegidos por lei, e de reparar os danos causados [...]”.<sup>60</sup>

Não obstante, para uma aceção jurídica da palavra verifica-se que:

1 – Passividade, à sanção penal ou civil, da pessoa que, com dolo ou culpa, viola a regra social obrigatória. 2 – Dever jurídico, imposto a cada um, de responder por ação ou omissão imputável, que importem na lesão do direito de outrem, protegido pela lei [...].<sup>61</sup>

Assim, quando uma conduta que decorre de um ato unilateral constitui-se em uma violação a um dever moral e jurídico, produzindo no sujeito passivo um prejuízo, surge o dever de indenizar. Destarte, a responsabilidade civil representa sempre o dever de computar ao outro o dano que lhe foi causado.<sup>62</sup>

Maria Helena Diniz traz que a responsabilidade civil é na verdade a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela praticado, por pessoa por quem ela responde.<sup>63</sup>

São várias as teorias apresentadas, pode-se conceituar a responsabilidade civil como a obrigação legal que uma pessoa tem de reparar o dano causado ilicitamente a outrem.<sup>64</sup>

56 ROSA; CARDIN, 2012.

57 BARBOZA, 2011, p. 86.

58 SOUZA, 2002, p. 21.

59 BUENO, 1991. p. 587.

60 MICHAELIS, 1998. p. 1.829.

61 NUNES, 1994. p. 750.

62 ALSINA, 1997, p. 71-73.

63 DINIZ, 2002. p. 34.

64 MORAES, 2008.

Define-se a responsabilidade civil contratual como aquela que decorre de um negócio jurídico; ou extracontratual quando o ato ou a omissão de uma pessoa extrapola a conduta normal do homem diligente, lesando o direito de outrem.<sup>65</sup>

É necessária a verificação de quatro elementos para a configuração da responsabilidade civil: a prática de um ato ilícito, a existência ou não de culpa, o nexo causal, e, por fim, a comprovação do dano.<sup>66</sup>

Para Jorge Bustamante Alsina, o conceito de ilicitude é toda conduta antijurídica, ou seja, qualquer ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico considerado em sua totalidade<sup>67</sup>.

Para Ruy Stoco, “o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior”.<sup>68</sup> Portanto, a conduta humana é elemento essencial para caracterização da responsabilidade civil. Porém, não é a única conduta, pois os danos causados por animais são de responsabilidade de seus donos ou da pessoa que detém a guarda.<sup>69</sup>

Pelo Código Civil brasileiro em seu art. 186: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Portanto, uma vez praticado o ato ilícito, deve-se analisar se a ação ou omissão do agente foi resultado de uma vontade livre e consciente (dolo) ou se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia (culpa).<sup>70</sup>

Geralmente a responsabilidade civil é subjetiva, ou seja, depende da verificação da culpa ou dolo do agente. Contudo, excepcionalmente, a responsabilidade pode ser aferida objetivamente, isto é, independentemente de culpa. Isto se aplica nas hipóteses definidas em lei, como no art. 927, § do Código Civil, e art. 12, 14, 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990).<sup>71</sup>

Destarte, o nexo de causalidade ou a relação causal é, por sua vez, um elemento material da responsabilidade civil, porque constitui o vínculo externo entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela pessoa. De acordo com a teoria da causalidade adequada, apenas será causa de um evento danoso se for possível prever que determinada conduta produzirá tal resultado, ou seja, deve haver uma relação de adequação entre a causa e a consequência<sup>72</sup>.

65 LIMA, 1988, p. 56.

66 Nesse mesmo sentido: SILVA, 2002, p. 25; MORAES, 2008.

67 ALSINA, 1997 p. 74.

68 STOCO, 1999, p. 64.

69 MORAES, 2008.

70 SOUZA, 2002, p. 25.

71 ROSA; MOCHI, 2012, p. 150-177.

72 GESUALDI, 2000, p. 72-76.

Assim, para que haja a responsabilização civil é necessário que ocorra um dano, ou seja, a ação ou omissão do agente deve ocasionar uma lesão sobre o patrimônio moral ou material da vítima<sup>73</sup>.

Atualmente o afeto passou a ser além de fundador e justificador de uma entidade familiar, também o alicerce para nortear as relações familiares, ou seja, trata-se de um princípio com valor jurídico que irá direcionar as relações jurídicas do direito e família.

Desde que a pessoa passou a ser o centro da tutela estatal, com a despatrimonialização do direito civil, passou-se a uma valorização da família como um lugar de afeto, privilegiado, onde a cumplicidade e a solidariedade contribuem para o crescimento pessoal de cada um de seus membros.

De tal modo afirma Maria Berenice Dias:

Cada vez mais se valoriza as funções afetivas da família. Basta atentar a toda uma nova terminologia: filiação socioafetiva, dano afetivo etc. E, na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre os seus membros a família se transforma. Foi o afeto e o princípio da afetividade que trazem legitimidade a todas as formas de família. Portanto, hoje, todas as relações e formações da família são legítimas.<sup>74</sup>

Sendo que, o que une a família não é um afeto qualquer, se assim fosse, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio, e o conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade.<sup>75</sup>

O afeto familiar frise-se, é aquele que une intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. Sendo reconhecido como princípio, mas sua força é ainda maior do que se fosse positivado, pois são os princípios que traz a correta interpretação da norma jurídica, são a bússola que conduz o legislador e o intérprete da norma.<sup>76</sup>

Dada essa importância do afeto como elemento formador das relações familiares, recentemente tem sido visto na jurisprudência pátria decisões com relação ao abandono afetivo, ou seja, a intervenção do Poder Judiciário na garantia do dever de cuidado paterno para com o filho, sob pena daquele ter que indenizar civilmente esse.

Ainda diverge a doutrina acerca da possibilidade de aplicação das normas de responsabilidade civil e consequentemente do surgimento do dever de indenizar dentro das relações familiares.

73 SILVA, 2002, p. 25.

74 DIAS, 2009, p. 93.

75 BARROS, 2000, p. 8.

76 CARDIN; FROSI, 2010.



Nota-se claramente a inclinação da jurisprudência em aplicar o art. 5º, V e X da Constituição Federal concomitante com os arts. 186 e 927 do Código Civil que tratam do dano moral às relações familiares.

Acrescenta-se que o novo enfoque constitucional dado à família valorizou o vínculo de afeto e solidariedade entre seus membros, exigindo deles responsabilidades quando da prática de atos que causam dano em detrimento aos outros.<sup>77</sup>

Portanto, a lesão produzida por um membro da família a outro, independente da sua fase de desenvolvimento é maior do que se fosse provocada por um estranho, visto que há uma situação privilegiada daquele frente a este, fundamentando assim, a aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil, visto a falta de um dispositivo específico acerca do tema.<sup>78</sup>

Segundo Beatriz R. Bísvaro, quando um membro da família lesiona o direito de outro, isto demonstra que a harmonia não existe, e a negação da reparação civil nestes casos estimularia a reiteração da lesão, acelerando o processo de desintegração familiar<sup>79</sup>.

Se a responsabilidade civil deve ser aplicada nas relações familiares, a prática de um ato ilícito neste contexto também pode acarretar a reparação por danos morais, como ensina Arnaldo Marmitt:

No Direito de Família abundam os valores imateriais indenizáveis. É terreno fértil da violência familiar, que por sua força e insuportabilidade já não mais permanece oculta aos olhos dos outros. Com frequência exsurtem lesões graves dessa área do Direito. São os prejuízos morais resultantes de vulneração de virtudes da personalidade, dos atributos mais valiosos da pessoa, de sua riqueza interior, de sua paz jurídica, destruídas pelo parente, pelo esposo ou convivente. O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso e de grande estimação, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível.<sup>80</sup>

O princípio da dignidade da pessoa humana, o afeto e o dever de solidariedade devem prevalecer em qualquer entidade familiar. A partir do momento em que tais princípios não forem respeitados, assim como o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se responsabilizar os entes familiares que praticam condutas incompatíveis com os princípios acima referidos<sup>81</sup>.

77 CARDIN, 2012, p. 69.

78 CARDIN, 2012, p. 69.

79 BÍSCARO, 1999, p. 436.

80 MARMITT, 1999, p. 113.

81 CARDIN, 2012, p. 69.

Quando os pais violam os direitos assegurados aos seus filhos, independente de sua fase de desenvolvimento, em tratados e convenções internacionais e no ordenamento jurídico pátrio, não exercendo, portanto, a parentalidade de forma responsável, devem ser responsabilizados pelos danos morais e materiais causados a essas crianças, independente de sua fase de desenvolvimento.

Nesse sentido Clayton Reis ressalta:

As ofensas à dignidade do nascituro, não importando a sua condição, assinalam sob nossa ótica, uma das mais graves ofensas perpetradas contra quem merece especial proteção da ordem jurídica, particularmente, dos próprios seres humanos, já que não poderemos jamais esquecer, que a nossa própria existência se iniciou através desse processo de desenvolvimento.<sup>82</sup>

Ressalta-se ainda, o exemplo de uma mulher que faz uso de substâncias tóxicas durante a gestação, como álcool, nicotina, crack, maconha, etc<sup>83</sup>. Trata-se de um ato de negligência que poderá implicar em sérios danos para o nascituro. Durante o período gestacional, não é possível outorgar ao conceito danos morais, em decorrência de que não possui capacidade patrimonial, mas nada impede que o juiz determine, por exemplo, o recolhimento obrigatório da mãe em uma clínica de desintoxicação<sup>84</sup>.

Também o abandono durante a gestação pode ensejar a indenização por danos morais ou materiais visto que, este abandono material e emocional da mãe em um momento tão importante, a gestação, traz a ela sentimentos de tristeza, frustração, irritação, insegurança, humilhação e abandono o que causa sérios reflexos no nascituro que tem invadido e lesionado seu patrimônio moral<sup>85</sup>. A família não pode ser vista como um instrumento alheio ao Estado de Direito, local onde suspender-se-á as garantias individuais, motivo que dá o reconhecimento à aplicação de normas gerais da responsabilidade civil de um membro familiar.<sup>86</sup>

Tereza Rodrigues Vieira traz em sua obra o caso de um casal de homossexuais americanas, surdas de nascimento, Duchesneau e McCullough. Elas realizaram seu projeto parental planejando ter filhos com a mesma deficiência e concretizando-o por meio da

82 REIS, 2010, p. 41.

83 De acordo com pesquisa relacionada por Arianne Vilanova Almeida Gaio e Carlyle Popp, a utilização de tabaco durante o período gestacional está relacionada a uma série de complicações, destacando-se o abortamento, malformações fetais (cardíacas e pulmonares), prematuridade, restrição de crescimento intrauterino e recém-nascidos de baixo peso. (Análise da responsabilidade civil da gestante tabagista em relação ao conceito. In: Congresso Nacional do CONPEDI, 20, 2011, Vitória. Anais...Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011).

84 SILVA, 2002, p. 371.

85 DALVI, 2008, p. 88.

86 CARDIN, 2012, p. 70.

doação de gametas de um deficiente auditivo, muito embora fosse possível evitar a deficiência através deste diagnóstico pré-implantacional.<sup>87</sup>

Verificando a situação acima narrada sobre a ótica da responsabilidade civil brasileira, seria possível que futuramente essas crianças ingressassem com uma ação de reparação de danos morais por meio de um representante legal contra suas mães que escolheram que elas viessem a nascer com a deficiência auditiva?

A grande problemática da responsabilidade civil relacionada às técnicas de reprodução humana assistida está no sentido de que, como o embrião ainda carece de tutela jurídica, não se consegue delinear uma forma possível que os pais poderiam se enquadrar quando se utilizassem da reprodução humana assistida e viessem a provocar um dano ao futuro filho em decorrência disso.

Com relação aos nascituros, dependeria a teoria que fosse adotada para a sua tutela, como por exemplo, os adeptos da teoria concepcionista consideram que a indenização por dano moral é plenamente justificável, uma vez que já seria pessoa e titular de direitos, teria como fundamento tanto a responsabilidade contratual como extracontratual.<sup>88</sup> Ressalte-se que a reparação visa uma compensação pelo mal causado e não um ressarcimento.<sup>89</sup>

Os adeptos da teoria natalista não admite que o nascituro receba uma indenização, visto que não é pessoa, nem sujeito de direitos, ou seja, a falta de personalidade traz a dedução lógica de que esse não poderá ser titular de uma reparação de danos.

Enquanto que os adeptos da teoria da personalidade condicional, a reparação só é passível a partir do nascimento com vida, ou seja, o direito de ser titular desses direitos vai estar condicionado ao seu nascimento com vida, somente assim será considerado pessoa e os danos morais poderão ser cobrados por meio de indenização. Em sentido contrário, se não houver o nascimento com vida, não haveria a possibilidade de reparação de dano, pois o nascituro nunca chegou a ser uma pessoa.

No caso acima descrito a reparação já seria possível, visto que, as crianças já eram nascidas e assim, sujeitos de direito e com personalidade jurídica, mas ainda são situações que o Direito brasileiro não está pronto para enfrentar.

A Ministra Nancy Andrighi adverte que “[...] deve ser superada com uma interpretação técnica e sistemática do Direito aplicado à espécie, que não pode deixar de ocorrer, mesmo ante os intrincados meandros das relações familiares”.<sup>90</sup>

87 VIEIRA, 2009, p. 54.

88 CHAVES, 2000, p. 114-117.

89 ALMEIDA, 1992, p. 187.

90 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 10 maio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jun. 2013.

Discute-se nas decisões pátrias que não basta ser pai ou mãe, ou ainda prestar alimentos, pois o sustento é apenas uma das atribuições da paternidade, pois é necessário que no exercício da parentalidade haja uma amplitude maior, como o sustento, a guarda e a educação<sup>91</sup>, ou seja, deve-se ter um dever de cuidado, independente da fase de desenvolvimento desse ser.

A ministra ainda destaca que “é possível se se afirmar que tanto pela concepção, quanto pela adoção, os pais assumem obrigações jurídicas em relação à sua prole, que vão além daquelas chamadas *necessarium vitae*”.<sup>92</sup> E, sobretudo, negar a reparação de danos materiais ou morais causados por um membro da família ao outro, estar-se-ia estimulando a reiteração dessa conduta e alimentando a desintegração familiar.<sup>93</sup>

Por fim, quando os pais não exercem a parentalidade de forma responsável, causando danos morais ou materiais aos filhos, ainda que na fase intrauterina, praticam um ato ilícito, em decorrência de que violem o seu dever de cuidado, além de desrespeitar os direitos personalíssimos de seus filhos. Logo, devem ser responsabilizados civilmente pelas ações ou omissões que deram causa.

## 5. Conclusões

O planejamento familiar é de livre decisão do casal e deve ser fundado nos princípios da dignidade humana e da parentalidade responsável sempre, independente de ser em vias naturais e essa responsabilidade ainda cresce quando se trata da utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

O princípio da parentalidade responsável consiste na responsabilidade de dar assistência material, moral e intelectual, espiritual e sexual à sua prole, deve ser exercida conscientemente de suas implicações pelos genitores ou aqueles que decidam por realizar o projeto parental.

Apesar do emprego dessas técnicas primariamente ter sido indicada no tratamento a infertilidade, é comum hoje pessoas optarem pelas técnicas de reprodução humana assistida, sendo que o próprio Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013 autorizou seu uso por casais homoafetivos ou por pessoas solteiras.

Outra constatação na utilização dessa técnica está relacionada a falta de tutela do embrião *in vitro*, que não possui respaldo jurídico e com isso há uma potencialização do

91 ROSA; CARVALHO; FREITAS, 2012, p. 108.

92 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 10 maio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jun. 2013.

93 CARDIN, 2012, p. 70.

mesmo, quando são utilizados em determinados procedimentos que podem provocar sua destruição ou um dano irreversível ao seu normal desenvolvimento, trazendo consequências a sua infância, adolescência e quando adulto.

Alguns exemplos podem ser delineados, como por exemplo, o diagnóstico genético pré-implantacional, no qual é um procedimento admitido pelo Conselho Federal de Medicina, importante para casais que apresentem patologias congênicas, entretanto deve ser limitado no sentido somente de tratar ou prevenir uma doença hereditária, para que não incorra em práticas eugênicas ou a sexagem.

E, também poderá ser realizado para seleção de tipagem do sistema HLA do embrião para seleção de HLA compatíveis com um filho do casal afetado por alguma doença cujo o tratamento efetivo por meio do transplante de células-tronco ou órgão, o chamado bebê medicamento, que é outra preocupação atual.

A redução embrionária, consiste no procedimento destinado a reduzir o número de fetos nas gestações multifetais, diminuindo as complicações associadas a elas. No Brasil não é permitido pelo Conselho Federal de Medicina, fere diretamente a dignidade e o direito à vida desse embrião, mas vem sendo aplicada sem controle, não passando de uma prática velada de aborto.

Já a maternidade substitutiva é permitida pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.013/2013, regulamentando que fosse realizada quando a mulher tiver algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de ser um casal homoafetivo.

Não obstante, a resolução ainda limita o uso da técnica determinando que as doadoras temporárias do útero sejam da mesma família de um dos cônjuges ou companheiros, com parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima) e com a idade de no máximo 50 anos. Frise-se ainda que, deverá ser utilizada sem o fim lucrativo.

A Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina também regulamentou sobre a possibilidade de realização inseminação *post mortem*, dispondo que a mulher casada ou em união estável poderia realizá-la, sendo necessário a aprovação do cônjuge ou companheiro para a utilização dessas técnicas e estabelecendo que no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves, ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

O problema referente a esse tema é que retira da criança o direito de conviver com os dois genitores, há que ser considerado o direito indisponível da criança de ter uma família e a convivência com os mesmos. Portanto, a reprodução assistida só deve ser utilizada

como último recurso para realização do projeto parental e não como forma alternativa de reprodução.

Urge ainda, que a legislação regulamente a questão dos embriões excedentários, visto que, a Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina estabeleceu que os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se essa for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança havia regulamentado.

Na verdade a melhor saída seria que fosse proibido a produção em número excedente, sendo implantado somente o que foi produzido, essa seria a melhor saída e a que mais observaria a dignidade humana desses embriões.

Deve-se em todo litígio que envolva a reprodução assistida e a proteção do ser em desenvolvimento observar como paradigma norteador de todo procedimento a dignidade da pessoa humana, juntamente com os princípios da parentalidade responsável e do melhor interesse do menor.

Por fim, quando os pais não exercem a parentalidade de forma responsável, causando danos morais ou materiais aos filhos, ainda que na fase intrauterina, praticam um ato ilícito, em decorrência de que violaram um dever de cuidado, além de desrespeitar os direitos personalíssimos de seus filhos e, portanto, devem ser responsabilizados civilmente pelas ações ou omissões que deram causa.

## 6. Referências

- ALMEIDA, Silmara Juny Abreu Chinellato . *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. *Direitos da personalidade do nascituro*. *Revista do Advogado*. São Paulo: n. 38, dez. 1992.
- ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1997.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). *Cuidado e responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- BARRETO, Wanderlei de Paula. Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código civil brasileiro. *DBJV - Mitteilungen*, n. 2, fev. 2004.

- Disponível em: [http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV\\_Mitteilungen\\_02-2004.pdf](http://www.dbjv.de/dbjv-high/mitteilungen/04-02/DBJV_Mitteilungen_02-2004.pdf). Acesso em: 20 ago. 2011.
- BARRETO, Wanderlei de Paula. Por um novo conceito de personalidade jurídica da pessoa natural. Disponível em: <http://advocaciabarreto.com.br/index.php?pagina=assuntosacademicos>. Acesso em: 21 de out. 2011.
- BARROS, Sérgio Rezende. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, 2000.
- BÍSCARO, Beatriz R. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. In: GHERSI, Carlos (Coord.). *Derecho de Daños: economía, mercado, derechos personalísimos*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1999.
- BRASIL, *Código Civil brasileiro*. Disponível em: Acesso em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 29 nov. 2014.
- BRASIL. *Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/resoluocfm%202013.2013.pdf>. Acesso em: 06 set. 2014.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp n. 1.159.242-SP (2009/0193701-9). Rel. Min. Nancy Andrighi. DJU 10 maio. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200901937019>. Acesso em: 12 jun. 2013.
- BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Lisa, 1991.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. In: CONPEDI. (org.). XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. Da vulnerabilidade do embrião oriundo da reprodução humana assistida e da ética da vida. *Revista brasileira de direito animal*. v. 12, n. 8, p. 181-199, 2013.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; ROSA, Letícia Carla Baptista. *Do status jurídico do embrião criopreservado e do princípio da dignidade humana frente a utilização das técnicas de reprodução humana assistida*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f7efa4f864ae9b88>> Acesso em: 17 jun 2014.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER, Cristiane Gehlen. Da vulnerabilidade do embrião emergente da reprodução humana assistida. In: SANCHES, Mário Antonio;

- GUBERT, Ida Cristina (org.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Champagnat, 2012.
- CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Fundamentos dos Direitos Constitucionais*. Curitiba: IESDE, 2009.
- DALVI, Luciano. *Curso Avançado de Biodireito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188 de 15 nov. 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito de Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 7.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: [http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas\\_tronco.htm](http://www.comciencia.br/noticias/2005/06/celulas_tronco.htm). Acesso em: 12 nov. 2011.
- FARIA, Marcos; PETERSEN, Heverton. Gestação Múltipla. In: DZIK, Artur; PEREIRA, Dirceu Henrique Mendes; CAVAGNA, Mario et. al. (ed.). *Tratado de Reprodução Assistida*. São Paulo: Segmento Farma, 2010.
- FIGO FREITAS, Tiago. A responsabilidade penal pelo diagnóstico pré-natal. *Lex Medicinale Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Coimbra: Coimbra – Centro de Direito Biomédico, ano 7, n. 13, p. 141-163, 2010.
- GAIO, Arianne Vilanova Almeida; POPP, Carlyle. Análise da responsabilidade civil da gestante tabagista em relação ao conceito. *Congresso Nacional do CONPEDI*, Vitória. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.
- GARCIA, Lenise. *Bebê medicamento é uma solução?* Disponível em: <<http://www.gazeta-dopovo.com.br/opiniaio/conteudo.phtml?id=1230479>> Acesso em: 14 set. 2014.
- GARCIA, Maria. [et. al]. (Coord.). *Biodireito constitucional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo. *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.
- GESUALDI, Dora M. *Responsabilidad civil: factores objetivos de atribución e relación de causalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999.



- MAROJA, Flaviana Estrela; LAINÉ, Agnès. *Esperando o Messias: reflexão sobre os bebês para curar um irmão*. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-44272011000200005](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-44272011000200005)> Acesso em: 14 set. 2014.
- MEIRELLES, Jussara Maria de Leal; NETO, Nelson Souza. *Eficácia do Pacto de São José da Costa Rica na ordem Jurídica Brasileira e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o uso de embriões humanos para pesquisa incongruência a indicar alterações*. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao\\_paulo/2387.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2387.pdf)> Acesso em: 15 maio 2014.
- MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 1998.
- MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade civil das empresas tabagistas*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1994.
- PIRES, Thiago José Teixeira. *Princípio da Paternidade Responsável*. [2001?]. Disponível em: [http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206\\_andreluiznogueiradacunha](http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2001/1206_andreluiznogueiradacunha)>. Acesso em 02 set. 2007.
- REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORREA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA Gilberto; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2010.
- REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*. v. 8, n. 2, p. 415-435, jul./dez. 2008.
- RIBAS, Angela Mara Piekarski. *O direito a vida sob uma ótica contemporânea*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2986](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2986)> Acesso em: 16 jun. 2014.
- ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. *Responsabilidade civil do profissional de saúde & consentimento informado*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- ROMEO CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ROSA, Conrado Paulino da; CARVALHO, Dimas Messias de; FREITAS, Douglas Phillips. *Dano moral & Direito de Família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Da realização do projeto homoparental por meio da utilização da reprodução humana assistida. *XXI Encontro Nacional do CONPEDI*, Uberlândia. 2012.
- ROSA, Letícia Carla Baptista; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Do status jurídico do embrião crioconservado e do princípio da dignidade da pessoa humana frente a

- utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho; SILVA, Monica Neves Aguiar da; ENGELMANN, Wilson (org.). *Biodireito*. Florianópolis : FUNJAB, 2012.
- ROSA, Letícia Carla Baptista; MOCHI, Tatiana Giovanini de Freitas. Da responsabilidade civil decorrente do não exercício da parentalidade responsável na realização do projeto parental. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; SANTIAGO, Mariana Ribeiro (Org.). *Direito de família*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.
- SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A Proteção Jurídica do Ser Humano In Vitro na Era da Biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, v. 6.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Ensaio de Bioética e Direito*. Brasília: Consulex, 2009.
- ZATZ, Mayana. *Embriões inviáveis para reprodução, mas fundamentais para pesquisa*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/genetica/arquivo/embrioes-inviaveis-para-reproducao-mas-fundamentais-para-pesquisas/>> Acesso em: 15 jun 2014.

# ASPECTOS DA REGULAÇÃO DE SANEAMENTO NO BRASIL

---

JOSE CARLOS BUZANELLO

Doutor em Direito. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro UNIRIO) e Professor do Curso de Direito da Faculdade CNEC de Rio das Ostras.

## Resumo

Analisa alguns aspectos da regulação dos serviços de saneamento básico no Brasil, mais especificamente a política regulatória decorrente do processo de Reforma do Estado de 1995. Questiona os resultados de produtividade dos serviços de água e esgoto das concessionárias e o alcance dessas medidas para o consumidor-usuário.

## Palavras-chave

Regulação de Saneamento Básico; Concessão de serviços de água e esgoto; Direitos do usuário de saneamento.

## Resumen

Mira a algunos aspectos de la regulación de los servicios de saneamiento en Brasil, específicamente la política de regulación resultante del proceso de reforma del Estado de 1995. Cuestiona los resultados de la productividad de los servicios de agua y alcantarillado de los concesionarios y el alcance de estas medidas al consumismo usuario.

## Palabras clave

Reglamento de Saneamiento Básico; Concesión de los servicios de agua y alcantarillado; Usuario saneamiento Derechos.

## 1. Introdução

Analisa esse artigo a situação tópica do saneamento básico (água e esgoto) no Brasil. O objeto que se apresenta é a discussão regulatória do setor de saneamento decorrente do processo de Reforma do Estado do Governo Henrique Cardoso, os fundamentos sobre a regulação no Brasil, bem como as características dos serviços de saneamento básico, aspectos relevantes da agencia reguladora, sem perder de vista, os direitos dos usuários.

A importância dos serviços de água e esgoto é reconhecida universalmente como saúde preventiva, qualidade de vida e bem-estar. Também são significativos os efeitos ambientais de um sistema de saneamento que trate os esgotos de forma adequada. Os serviços de saneamento compreendem os serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem urbana e resíduos sólidos, com repercussão nas áreas de meio ambiente, saúde pública e qualidade de vida.

O Brasil, em pleno século XXI, sétima economia do mundo, apresenta um grande déficit de atendimento dos serviços de saneamento, com forte desigualdade de atendimento por serviço prestado (água e esgoto), entre as regiões, e por origem de domicílio atendido (urbano e rural). O nível da cobertura de coleta de esgoto nas áreas urbanas no Brasil é dos piores dentre os países latino-americanos, alcançando apenas metade da população urbana. Até mesmo na região Sudeste, que é mais desenvolvida, o sistema urbano de esgoto cobre 70%, menos que a Bolívia (72%), a Colômbia (72%) e o Peru (80%)<sup>1</sup>. O governo federal aprovou em 2013 o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) um ambicioso plano de investimentos de mais de 500 bilhões de reais para os próximos vinte anos (2014-2033), para resolver o problema do saneamento no Brasil. Esse esforço está cada vez mais distante de ser realizado em vista das rígidas restrições fiscais que começam em 2015.

No Brasil, o setor de saneamento está fortemente marcado pelo modelo institucional definido pelo Plano Nacional de Saneamento (Planasa), no início dos anos 1970, fundado na preponderância das companhias estaduais de saneamento, fundado no financiamento estatal da infra-estrutura e da regulação pelo financiamento. A crise começou com a crise fiscal inviabilizando o modelo de financiamento estatal e também pela “fragmentação de responsabilidades” dos entes federados estaduais e municipais na administração e na gestão do serviço de saneamento.

Após o esgotamento do modelo Planasa o que se segue é uma orientação pró-mercado, materializada no processo de privatização do Governo Fernando Henrique Cardoso e em reformas reguladoras que privilegiam a adoção de controles explícitos por meio de agências reguladoras setoriais. Decorrente da falência desse modelo houve a extinção dos seus programas de financiamento e a desregulamentação dos serviços, dando início ao aumento da participação privada no setor através de concessões ao setor privado e da venda de parte das ações de algumas companhias estaduais.

A idéia por trás dessa orientação pró-mercado é a de que privatização reduziria o déficit por não pressionarem mais o Estado por aportes de recursos públicos. A justificativa desse modelo privatista estava associada aos ganhos de escala provenientes da forma de

---

1 Os indicadores de saneamento variam conforme os órgãos técnicos, as metodologias empregadas nas pesquisas e os insumos de cobertura. Adotamos uma aproximação de dados estatísticos.

organização dos serviços e à viabilização do subsídio cruzado como forma de garantir o acesso dos pequenos municípios e da população de baixa renda aos serviços.

Surgem, então, por meio de privatização, as primeiras iniciativas de participação privada no setor de saneamento com o objetivo de reorganizar o setor, venda de controle acionário, concessão e outorga, contrato de administração ou gestão, concessões plenas, concessões parciais. Por estes motivos, tornava-se imprescindível a execução de obras e serviços de ampliação e operação dos sistemas de água potável e de esgotamento sanitário, para os quais os Poderes Públicos não dispunham dos recursos necessários para investimentos.

Nessa nova modelagem surgem as primeiras concessões dos serviços de água e esgoto a operadores privados em São Carlos (SP) em 1994, inclusive antes da promulgação da nova Lei de Concessões (1995) e dez anos após já havia quarenta municípios brasileiros com o saneamento concedido a operadores privados. O setor de saneamento da Região dos Lagos no Estado do Rio de Janeiro entra nesse processo de privatização a partir de 1995, fundado em fatos reais e crônicos de má gestão de saneamento básico ofertado pela concessionária CEDAE, principalmente os Municípios de Araruama, Búzios, Cabo Frio e Rio das Ostras. Com a progressiva perda da capacidade do Estado do Rio de Janeiro e da concessionária CEDAE em alocar recursos na expansão e manutenção da infra-estrutura, ocasionou uma crescente deterioração da qualidade do saneamento com impactos indesejáveis na saúde pública e na produtividade econômica. As deficiências, tanto de regularidade do abastecimento de água potável, como de esgotamento sanitário, agravados pela existência de uma significativa população flutuante de turistas, emperravam o desenvolvimento turístico, prejudicando seus habitantes bem como a economia regional.

Agora, passado vinte anos, questiona-se qual o impacto inicial dessas mudanças e qual o quadro que se apresenta quanto à qualidade e quantidade dos serviços? Essas são as questões centrais dessa pesquisa, principalmente a qualidade da regulação e da produtividade dos serviços de saneamento básico e o direito do consumidor-usuário.

## 2. Política Regulatória

Há vários modelos de regulatórios, mas quase todos possuem como objetivos a busca da eficiência do setor regulado e da equidade na prestação dos serviços públicos. Entretanto, os instrumentos regulatórios utilizados nem sempre são compatíveis com o alcance simultâneo de metas de eficiência e de equidade pretendidos. A regulação do setor de saneamento deve ser mais focada na prevenção e monitoramento das condutas das empresas, com as agências governamentais intervindo apenas quando necessário, fixando metas e resultados e respectivo cronograma de obras e serviços.

Há muitas divergências de entendimento, tanto que Mario Possas recomenda que o “aparato regulatório seja flexível em termos de objetivos (incluindo metas) e instrumentos e que haja uma maior integração entre as atividades dos diferentes órgãos responsáveis pela regulação (tanto de defesa da concorrência como da regulação “ativa”) e um esforço deliberado e sistemático de troca de experiências e de aprendizado recíproco dadas às muitas conexões de natureza técnica e institucional (POSSAS et al., 1997, p.109-111).

A política regulatória também deve levar em conta o impacto da instabilidade do ambiente econômico sobre a operacionalização dos contratos. É preciso que as relações contratuais possam ser adaptadas e que as agências reguladoras sejam capazes de reagir com flexibilidade e rapidez diante de mudanças imprevistas nas condições de oferta e de demanda. As políticas regulatórias também devem considerar a “presença de externalidades de rede, as quais podem surgir nos setores de infra-estrutura quando estiverem presentes: interfaces tecnológicas que exigem alguma padronização para garantir a compatibilidade entre soluções técnicas adotadas pelos diferentes agentes; tecnologias cuja difusão se dá de tal maneira que os ganhos de cada agente com sua adoção dependem da quantidade de outros agentes que também a adotam; e presença de uma base produtiva na qual as empresas operam com fluxos e estoques dentro de um sistema interligado” (POSSAS et al., 1997, p.108).

A regulação é extremamente necessária para garantir a oferta e a qualidade do serviço público, protegendo o usuário dos serviços prestados por concessionárias, mas também para garantir que as obrigações e direitos das concessionárias sejam efetivos. Essa necessidade diminui ao passo que aumenta a concorrência no setor regulado. A regulação se desenvolve, basicamente, por intermédio de normas de comando e controle, que afetam o mercado e as decisões econômicas das empresas. No entanto, ainda que por meio de normas, é uma função executiva. Em outras palavras, quando existe uma ampla concorrência em determinado setor, o próprio ambiente competitivo gera uma espécie de auto regulação por parte dos ofertantes de serviços e produtos, como no caso da produção de energia e água, onde existem muitos ofertantes. Já no saneamento básico inexistem competição por ser monopólio natural e quase impossível a concorrência por causa do alto custo das redes. No caso do monopólio natural a regulação é de extrema importância para assegurar a estabilidade das regras de operação de mercado.

Porém esta tarefa regulatória é muito complexa, pois o comportamento das concessionárias é de difícil monitoração por parte das agências reguladoras, devido ao fato de somente a concessionária possui as informações de determinados movimentos internos e dos fatores externos que afetam a sua eficiência. No caso de uma região de baixa densidade populacional enfrenta dificuldades de previsão das condições de oferta e demanda muito inferiores às presentes na elaboração de contratos de concessão na telefonia celular, onde a

rápida evolução tecnológica impõe como regra uma contínua alteração dos níveis de custo e nas características dos serviços prestados.

Para que a regulação seja eficaz é necessária a utilização de vários instrumentos, dentre os quais se destacam “a qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias e permissionárias apresenta pontos de tensão que provocam avaliação negativa por grande número de usuários. Os problemas recorrentes das concessionárias e dos usuários são deficiências técnicas, carência de investimentos, políticas e práticas equivocadas de relacionamento entre executores e consumidores, cujos conflitos deságuam no Judiciário. Apenas no Estado do Rio de Janeiro: os Juizados Especiais vêm recebendo, a cada ano, em torno de duzentos mil novos processos, por meio dos quais usuários pedem a condenação de concessionárias à reparação de danos materiais e morais que suportariam, em decorrência de má execução dos serviços” (PEREIRA JUNIOR, 2012, p.122 e 123).

A criação das agências reguladoras fez-se necessária com a desvinculação do Poder Público das responsabilidades de executar obras e serviços públicos. Para que o consumidor dos serviços de interesse público não ficasse desamparado, com a passagem das empresas que antes pertenciam ao setor público para o setor privado, foi preciso haver uma regulação e fiscalização, até porque o serviço prestado pelo concessionário é uma atividade própria do Estado (ALMEIDA JUNIOR, 2012, p.35).

O ente responsável pela regulação deve sempre atentar-se e tomar conhecimento sobre a atuação de seu regulado para que tenha condições de realizar a fiscalização e o controle de maneira justa. O regulador deve zelar pela imposição de informação, sem a qual não se podem tomar decisões razoáveis, e na redução de custos de transação. Para tanto, pode adotar “ferramentas regulatórias como proibições, licenças, fixação de padrões técnicos de produção, de padrões de desempenho, disciplinar subsídios, controlar preços e tarifas, impor a provisão de informações, e atribuir, na forma da lei, direitos de propriedade, bem como impor responsabilidades. Todos esses atos podem ser precedidos da edição de normas com os critérios para a sua edição” (SOUTO, 2012, p.52).

A despeito de as especificidades setoriais condicionarem soluções distintas, de modo geral a mudança de um modelo de oferta estatal e de regulação pelo financiamento em direção à privatização e a um modelo de regulação baseado em controles explícitos (instituição de agências reguladoras setoriais e adoção do instrumento *price cap*<sup>2</sup>) para a infra-estrutura no Brasil não foi capaz de garantir a expansão dos investimentos e a eficiência

2 Price Cap é uma forma de regulação desenvolvida na Inglaterra, na década de 1980, pelo economista Stephen Littlechild baseia-se na fixação de um preço teto e foi aplicado em todos os “utilities” britânicos privados. Ele contrapõe-se à regulação de taxa de retorno, na qual as empresas determinam uma taxa de retorno sobre o capital, bem como a regulação com base no Custo Marginal - onde o lucro é totalmente regulado.

do setor e também não foi capaz de garantir a universalização dos serviços. Sucesso foi a quase universalização dos serviços telefonia e de eletricidade para todos brasileiros.

A reforma gerencial enquadrou os serviços públicos de infra-estrutura na condição de atividades de “produção de bens e serviços para o mercado” e definiu a exigência de regulação para esses serviços apenas quando apresentassem a condição de monopólio natural, privilegiando a eficiência e negligenciando a condição de serviço público essencial. Esse fato pode ser comprovado na própria Lei de Concessões (Lei n.o 8.987/95), que “não menciona uma única vez sequer o conceito de serviço público essencial nem tampouco especifica as condições de necessária equidade de acesso aos serviços, remetendo para as legislações que definem os sistemas reguladores setoriais e para os contratos de concessão a definição de “requisitos de pleno atendimento do usuário” (TOLEDO SILVA, 2003, p.17).

O próprio processo de privatização também foi afetado pela ausência de regras claras na regulação do setor de saneamento, como investimentos, inversões financeiras, metas, critério de tarifas. A própria lei de concessões propõe que o julgamento dos leilões seja feito com base na menor tarifa, mas admite a cobrança pela outorga. Os aumentos e reajustes de preços são implementados sem muitos critérios técnicos e muito mais preocupadas em garantir uma taxa mínima de retorno e o equilíbrio financeiro dos contratos. Tanto que essa lei também declarou que a aprovação de ajustes nas tarifas estaria a critério do outorgante da concessão. Conseqüentemente, o cenário de risco afasta o interesse de para qualquer concessionário, quando não existe uma política regulatória bem definida. Todas essas indefinições regulatórias criaram incertezas nos investidores privados e desestimulam os investimentos nas empresas estaduais com concessões prestes a encerrarem-se. Em suma, a natureza (pública ou privada), a competência (estadual ou municipal) e o tempo de concessão são aspectos regulatórios que devem influir nos investimentos e no desempenho dos serviços de água e esgoto.

Na tentativa de resolver todas essas questões, o governo Fernando Henrique Cardoso preparou uma estrutura regulatória com uma política nacional sobre saneamento através do Projeto de Lei 4.147/2001, que estabeleceu autonomia administrativa e financeira para as empresas de saneamento, estabelecendo regras de conduta, princípios de políticas tarifárias e critérios de concessão. Atribuiu a Agência Nacional de Águas (ANA) a coordenação nacional das atividades de regulação dos serviços de saneamento. Entre essas atividades estaria a avaliação do atendimento das normas contidas nesta Lei pelos titulares e prestadores de serviços, como condição para o desenvolvimento de ações de saneamento básico da União junto a Estados e Municípios. Ainda, estipulou que os Estados tinham o poder de concessão nas áreas metropolitanas, encontrando assim grandes opositores nos patrocinadores dos municípios. Em termos de política tarifária o projeto avança na proposição de mecanismos de ajustes de tarifas com o sistema de *price cap*, no qual deduções de



produtividade são feitas nas variações de ajustes monetários das tarifas e inclui nas tarifas um componente de subsídio cruzado mediante uma contribuição do fundo público de universalização.

Outra inovação foi à alteração da Lei das Águas (lei 9433/97) com a introdução do instrumento de cobrança pelo uso das águas para orientar o acesso aos nossos rios. Por uma associação equivocada, alguns tendem a considerar que a gestão de recursos hídricos é a gestão de saneamento, pois se percebe visualmente o impacto dos esgotos nos nossos rios. Entretanto, a gestão de recursos hídricos engloba todos os seus usos e, em muitos casos, outros usos, com menor impacto visual, acabam sendo mais sérios que o da falta de saneamento. Assim, por absurdo, a ANA deveria regular também esses outros usos de água, tais como energia hidroelétrica, irrigação e até navegação. Sem considerar a complexidade das relações assimétricas, teríamos um poder concedente com relações de interesses em alguns concessionários, ou seja, uma trajetória de captura da agência e perda de governança. Enquanto o poder de concessão do acesso aos rios federais é federal, o poder de concessão dos serviços de saneamento é constitucionalmente dividido entre municípios e estados. Logo, a regulação do setor de saneamento teria de ser necessariamente municipal e estadual. Isso não significa que o governo federal deve se ausentar do esforço regulatório do setor, mas que esta participação não legitima a mera transferência do poder regulatório para uma agência federal (ANA).

Aparece também a política tarifária do uso de subsídios cruzados, que à primeira vista são socialmente justos, mas distorce os sinais de preços das tarifas para os consumidores de todas as rendas, pois não são transparentes além de serem limitados na capacidade de pagamento das famílias mais pobres. Alcança-se a universalização por meio de financiamentos de fundo públicos (fundo perdido), pois essa não se financia por meio de tarifas praticadas. A população beneficiada seria aquela de menor poder aquisitivo e, portanto, deveria ser tratada no contexto da política social e não de saneamento.

Essa proposta do marco regulatório do saneamento do Governo Fernando Henrique Cardoso (PL 4.147/2001), após muita discussão no Congresso Nacional, foi substituída por outra no Governo Lula, mas mantinha várias controvérsias, entre elas, a que estabelece a titularidade do serviço de saneamento, seja o Estado ou o Município, papel do setor privado, padrão de qualidade, investimentos e tarifas etc. A grande dificuldade da aprovação desse marco regulatório foi quanto à definição da titularidade dos serviços de saneamento, (municipal ou estadual), nos interesses conflitantes das partes interessadas, ou seja, as companhias estaduais versus municípios. De um lado, as companhias estaduais interessadas em manter os serviços sob sua responsabilidade com base na manutenção do subsídio cruzado tal como desenhado no Planasa; de outro, os Municípios interessados em manter a titularidade dos serviços, quando os serviços são de interesse local, para ter a liberdade de explorar esses serviços diretamente ou conceder sua exploração a terceiros,

ficando com a responsabilidade de regulá-los. Aos Municípios falta de definição quanto à origem dos recursos que financiarão os investimentos necessários para garantir metas razoáveis de cobertura dos serviços.

Desse processo legislativo surge a Lei 11.445/2007, o marco regulatório do saneamento e estabelece os princípios fundamentais para a prestação desses serviços públicos. Desta forma, com a devida regulação dos serviços de saneamento básico entra-se em na esfera de aplicação da lei para assegurar a qualidade dos serviços de água e esgoto. Para adentrar a uma discussão mais profunda sobre saneamento básico, é importante conhecer a lei 11.445/2007. “O consumo humano constitui o uso prioritário da água, pois se relaciona diretamente como o direito à vida. O abastecimento de água potável insere-se no saneamento básico ou “a solução dos problemas relacionados estritamente como o abastecimento de água e disposição dos esgotos de uma comunidade” (GRANZIERA, 2006, p. 126).

As transformações que vêm ocorrendo no setor de saneamento, com a separação dos sistemas de produção e distribuição de água, de um lado, e de coleta e tratamento de esgoto, de outro, como demonstra no Estado de São Paulo. A Companhia Estadual de Saneamento (Sabesp) produz a água e essa distribui para algumas prefeituras localizadas na Região Metropolitana de São Paulo. Por outro lado, algumas concessões municipais desses serviços são parciais, como demonstram os exemplos de Ribeirão Preto (esgoto), São Carlos (água), Jundiaí (esgoto), Itu (esgoto), Araçatuba (água).

A despeito da separação dos sistemas de produção e distribuição de água e de coleta e tratamento de esgoto ser uma tendência que vem sendo observada em vários países e também no Brasil, a presença de **sunk costs** (investimento à fundo perdido)<sup>3</sup> e o monopólio natural ainda são característicos dessa indústria, este último pelo menos em algumas etapas de sua cadeia produtiva.

### 3. Estrutura Regulatória

A Constituição Federal de 1988 definiu a competência dos serviços de saneamento: o artigo 30, inciso V, reconhece os serviços de saneamento como de competência local; o artigo 21, inciso XX, estabelece como competência da União a instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano; o artigo 23, inciso IX, define como competência comum da União, dos Estados e

3 É um investimento realizado sem expectativa de retorno de montante investido, realizado geralmente pelo Estado no sentido de melhorar as condições de existência de setores de baixa renda, como a construção de saneamento básico, de moradias populares, obras de infraestrutura como estradas, que estimulam os investimentos privados através da oferta de um produto ou serviço antes inexistente.

dos Municípios, promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Do penoso e longo processo legislativo é aprovado o marco regulatório (Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007) que especifica as diretrizes nacionais e a política federal de saneamento. A lei estabelece a universalização do acesso; abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente, integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos etc. Também sobre a qualidade da água a ser distribuída para consumo humano. É dever do poder público garantir o abastecimento de água potável à população, que pode ser obtido de rios, reservatórios ou aquíferos, mediante tratamento nos padrões legalmente estabelecidos de potabilidade, sem qualquer risco de contaminação, conforme a Portaria nº 518, de 25-3-04, do Ministério da Saúde.

A observação dessas concepções se faz fundamental para que os consumidores desses serviços, que muitas vezes não são prestados como está previsto em lei, e também não tomem conhecimento de seus direitos de exigir melhoria dos serviços públicos. O art. 26 da Lei nº 11.445/2007 assegura a publicidade aos relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes que se refiram à regulação ou à fiscalização dos serviços, bem como aos direitos e deveres dos usuários e prestadores, a eles podendo ter acesso qualquer do povo.

Por sua vez, a Constituição de 1988 declarou que os serviços públicos, incluídos água e saneamento, deveriam ser fornecidos pela autoridade pública (poder público), diretamente ou através de concessões, autorizando também as concessões, em seus artigos 37, caput, e 175. A prestação de serviços públicos pela União, Estados e Municípios pode ser feita diretamente, ou seja, por seus órgãos subordinados de administração direta ou entidades vinculadas de administração indireta, ou mediante delegação contratual a empresas privadas, as chamadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos.

A Constituição e a Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995 (regime de concessão e permissão da prestação do serviço público) são, entretanto, ambíguas quanto à competência no fornecimento dos serviços públicos e de poderes de concessão do setor. Essa Lei de Concessão foi aprovada, desafiando o monopólio das empresas estaduais de saneamento. A lei confirmou que os municípios deveriam ter o poder de fazer concessões ou entrar em acordos de licenciamento ou, se desejassem, fornecer serviços locais diretamente. Entretanto, a lei abriu a possibilidade para a entrada de companhias regionais. A Lei de Concessão também especificou que os Municípios apenas poderiam renovar o contrato de concessão através de licitações públicas. As empresas estaduais poderiam participar desses leilões, mas competindo com operadores qualificados do setor privado.

A constituição garantiu aos Municípios o direito de fazer concessões para os serviços públicos de interesse “local”, enquanto reconhecia que os governos federais e estaduais

deveriam garantir um fornecimento eficiente e bem regulado para os serviços de água e saneamento. Essas duas posições abriram debate sobre como as áreas municipais e metropolitanas atualmente cobertas, na maioria dos casos pelas empresas estaduais, poderiam regular esses serviços.

Fortalece-se a política das concessões e parcerias. Os contratos de concessão devem buscar a “eficiência econômica, garantindo o serviço ao menor custo para o usuário; evitar o abuso do poder de monopólio, assegurando a menor diferença entre preços e custos, de forma compatível com os níveis desejados de qualidade do serviço; assegurar o serviço universal; assegurar a qualidade do serviço prestado; estabelecer canais para atender a reclamações dos usuários ou consumidores sobre a prestação dos serviços; estimular a inovação (identificar oportunidades de novos serviços, removerem obstáculos e promover políticas de incentivo à inovação); assegurar a padronização tecnológica e a compatibilidade entre equipamentos; e garantir a segurança e proteger o meio ambiente” (PIRES e PICCININI, 1999, p. 403).

Para Jessé Torres Pereira Junior essa diretriz constitucional “resgatou o prestígio da outorga contratual da execução da prestação de serviços públicos a empresas privadas, selecionadas mediante licitação, que havia sido remetida a segundo plano pela multiplicação, a partir de meados do século XX, de empresas públicas ou sociedades de economia mista na administração pública brasileira, criadas por lei ou decreto administrativo, com o fim de executar a prestação desses serviços, quase que relegando a desuso a delegação contratual. (PEREIRA JUNIOR, 2012, p.122).

#### **4. Breve Histórico do Saneamento**

Até o início do século XIX, era bastante precário o abastecimento de água e inexistente a coleta de esgotos no Brasil. Com o crescimento da população urbana e a ameaça constante de epidemias, os governantes passaram a se preocupar com a questão, levando à implantação desses serviços no final do século XIX. As primeiras redes de distribuição de água e esgoto surgem nas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro e Recife, com o governo federal atuando como poder concedente e as empresas estrangeiras encarregando-se da construção dos sistemas e posterior exploração. Nesse modelo, que vigorou até o início dos anos 1930, cabia ao Estado garantir uma rentabilidade mínima na exploração dos serviços. Nesse período, o governo federal delegava a prestação dos serviços públicos a concessionárias estrangeiras, que operavam transportes ferroviários, produção e distribuição de energia elétrica, transportes urbanos, telefonia e outras atividades de interesse coletivo, incluindo o abastecimento de água e o esgotamento sanitário nos grandes centros urbanos. Naquela época, as empresas estrangeiras praticamente monopolizavam a tecnologia nessas áreas, bem como os recursos para a realização dos investimentos. Não

havia restrições à importação de máquinas e equipamentos e a remessa de lucros não onerava o balanço de pagamentos. “As tarifas eram reais, pois inexistia necessidade de subsídios. O governo garantia, inclusive, uma rentabilidade mínima às concessionárias. Dadas as necessidades impostas pelo crescimento urbano, a partir dos anos 1930 o Estado passa a intervir e atuar diretamente nos serviços de saneamento (MARINHO, UFPR, 2012, p.344).

Na década de 1930, mais precisamente no primeiro Governo Vargas, os principais instrumentos regulatórios utilizados foram o “controle de preços básicos (água, eletricidade, gasolina) e a adoção de novos mecanismos de intervenção no sistema de preços com a promulgação do Código de Águas (1934), que conferia ao governo o poder de fixar tarifas de eletricidade que garantissem uma rentabilidade máxima de 10% sobre o capital investido (GIAMBIAGI, 2000, p.88-89).

O Código de Águas em 1934 foi o início desse processo de intervenção estatal na economia que permitiu a nacionalização e estatização das empresas concessionárias estrangeiras, sendo os serviços geridos pelo Estado e os investimentos financiados com base no orçamento fiscal (SEPURB, Ministério do Planejamento e Orçamento, 1995).

Dois elementos foram de fundamental importância no incremento do saneamento, segundo Toledo Silva: “o Código de Águas (1934) e o Decreto-lei 200/1967. A importância do Código de Águas, por ter definido o domínio público sobre bens e serviços considerados essenciais ao desenvolvimento urbano, estabelecendo, “normas de conduta sobre o conteúdo dos serviços e sua função social, assim como (...) limites à apropriação de lucros por parte dos concessionários” (TOLEDO SILVA, 2003, p. 65). O Decreto-lei 200/67 por ter instituído um modelo regulatório “inovador” que associava o instituto da concessão à regulação pela taxa de retorno, originária do sistema das comissões reguladoras americanas. O modelo de regulação pela taxa de retorno instituído no Código consagrou-se em praticamente todos os campos da infra-estrutura e permaneceu como “elemento determinante de toda cultura de regulação e controle dos serviços públicos em rede no Brasil, ao longo de quase 60 anos” (TOLEDO SILVA, 2003, p.2) até o advento da nova Lei de Concessões 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Na década de 1960, pela primeira vez, foi instituída uma Política Nacional de Saneamento (**Planasa**) no Brasil. Essa política consistiu num programa de financiamento com base em recursos públicos (Sistema Financeiro de Saneamento) que foi responsável pela expansão de investimentos fundamentais para garantir a infra-estrutura urbana de apoio ao processo de industrialização da economia brasileira. O Planasa que ficou responsável por todo o planejamento de investimento do setor, assim como as políticas de tarifas, de crédito e outras normas. O Planasa estimulou os Estados a constituírem as Companhias Estaduais de Saneamento com a justificativa de que a abrangência em que seriam organizados os serviços (abrangência regional) permitiria a obtenção de ganhos de escala e a

viabilização da implementação do subsídio cruzado (tarifa única) como forma de garantir a inclusão dos municípios mais pobres. Incentivou as municipalidades a fazer concessões de longo prazo para essas empresas em troca de investimentos concedidos pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), braço financeiro do Planasa. O BNH, criado em 1964, abrigou o Sistema Financeiro de Saneamento e foi, até meados dos anos 1980, o órgão responsável pela concessão dos financiamentos de saneamento às Companhias Estaduais e pela regulação das ações de padrões de prestação de serviços e de taxas de retorno apropriadas para os investimentos.

Nesse período houve grande expansão dos serviços de saneamento num momento em que se consolidava uma economia preponderantemente urbana no Brasil. Entretanto, os seus investimentos priorizaram a construção de sistemas de abastecimento de água em detrimento de projetos que reduzissem perdas e melhorassem a eficiência operacional das empresas, resultando num excessivo volume de perdas e ineficiência das empresas ao longo do tempo.

Nas décadas de 1970 e 1980, ainda sob a direção do Planasa, a cobertura de água urbana no Brasil aumentou de 60 % em 1970 para 86 % em 1990, e a cobertura do esgoto urbano passou de 22% em 1970 para 48% em 1990. Até os anos 1970, os serviços de água e saneamento no Brasil eram fornecidos pelos municípios sob a supervisão da Fundação Nacional de Saúde (Funasa) por sua vez, era supervisionada pelo Ministério da Saúde. A preocupação maior era com a potabilidade da água em detrimento do esgotamento sanitário.

Qual era a forma de funcionamento desse modelo e como ele se tornou inviável? Uma das características do Estado desenvolvimentista foi à instituição de fundos públicos, formados com recursos fiscais e parafiscais, para financiar os investimentos nos setores de infra-estrutura. No caso dos serviços de saneamento, a principal fonte de recursos sempre foi o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

No final dos anos 1980, o sistema Planasa começou a apresentar um baixo desempenho. Os fundos para investimento estavam financeiramente debilitados com a inadimplência e o regime de tarifas não era mais apropriado devido a um ambiente inflacionário. Para agravar o quadro, o governo extinguiu, em 1986, o BNH, incorporando as suas funções às da Caixa Econômica Federal. Com a extinção do banco, deu-se início ao desmonte do modelo de gestão e de financiamento estatal instituído para o saneamento no Brasil. Apesar de a Caixa Econômica Federal ter absorvido as funções de saneamento do BNH, esta não herdou, conforme aponta Toledo Silva, as “prerrogativas nem a capacidade técnica para exercer a função reguladora que o BNH exercia”, ficando essa função a cargo dos diversos ministérios que se sucederão no comando do setor, contribuindo para esvaziar a política de saneamento (TOLEDO SILVA, 2003, p.18-19).

A desativação das linhas de financiamento público à infra-estrutura esvaziou os instrumentos tradicionais de “regulação burocrática pelo crédito”, como aconteceu com a extinção do BNH (1985) e dos programas de financiamento do Plano Nacional de Saneamento – Planasa (1989). Com isso, os investimentos em saneamento, que durante toda a década de 1970 chegaram a representar 0,5% do PIB, caem para 0,2% do PIB durante a década de 1980, chegando, em alguns anos da década de 1990 (1993-1994), a representar menos que 0,1% do PIB.

O Planasa também foi fragilizado pelas mudanças institucionais introduzidas pela Constituição Federal de 1988, que estabeleceu de forma confusa de competência desses serviços. Por outro lado, a mudança tributária realizada no âmbito da Constituição de 1988 descentralizou recursos em favor de estados e municípios sem transferir os encargos correspondentes para essas esferas de governo. A Constituição e sua ênfase na descentralização tornaram o esquema Planasa obsoleto e após sua extinção, no final da década de 1980, suas atribuições foram distribuídas a diversos órgãos públicos.

Por outro lado, o processo de redemocratização política, a crise fiscal dos anos 1980, os efeitos da Constituição Federal de 1988 e as reformas administrativas realizadas pelos governos dos presidentes Collor e Itamar provocaram, respectivamente, a distensão do modelo centralizado Planasa – aplicação de recursos para o saneamento de forma aleatória e fora do Sistema Financeiro de Saneamento – e a desregulamentação do setor.

Em função de problemas de natureza macroeconômica (crise fiscal dos Estados) e microeconômica (busca de uma gestão mais eficiente das empresas), tem-se observado uma tendência geral para o aumento da participação privada no setor. Essa opção tem resultado na redução do papel do Estado como provedor desses serviços e na sua ampliação como regulador da atividade.

Inicia-se no Brasil nos anos 1980 o processo de privatização, mas só se torna prioridade da política econômica no início dos anos 1990 com o Plano Nacional de Desestatização no Governo Fernando Henrique Cardoso (1990). A partir daí, a privatização é inserida dentro da estratégia do governo, que passa a contemplar a promoção das chamadas “reforma de mercado” – abertura comercial, desregulamentação da economia, redução do tamanho do Estado etc. (GIAMBIAGI, 2000, p.378). Assim, durante a década de 1990 foram privatizados os setores de energia elétrica e de telecomunicações e instituído um novo modelo de regulação para esses serviços com base no modelo instituído pela Inglaterra.

A partir daí, os governos da década de 1990, em consonância com as tendências materializada na Reforma Gerencial do Estado Brasileiro, em 1995 e na nova Lei de Concessões (Lei n.o 8.987/95 e 9.074/95) e mais tarde no governo Lula a lei que cria as parcerias público-privada (PPP) (lei 11.079, de 30/12/04) no âmbito da administração

pública. Essa reforma enquadrou os serviços públicos de infra-estrutura como atividades de “produção de bens e serviços para o mercado” e exigiu a regulação para esses serviços apenas quando apresentassem a condição de monopólio natural, priorizando a eficiência da indústria e negligenciando a condição de serviço público essencial.

Nos anos seguintes ao Plano Real as empresas tentaram retomar essa capacidade de investimento aliado ao realismo tarifário, mas fracassaram ao manter suas viciadas práticas de gestão associadas a uma ausência de marco regulatório que introduzisse incentivos à eficiência. O quadro de ausência de investimentos, não consegue cobrir todos os custos de provisão dos serviços, quanto mais num quadro de retomada dos investimentos no setor.

As metas de ajuste fiscal dos governos dos ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva dificultam o endividamento do setor público, impedindo a retomada de investimentos no setor em níveis razoáveis. Terceiro, da dificuldade de definir de onde virão os recursos para garantir o acesso da população mais pobre aos serviços e, também, como estes recursos serão aplicados: o subsídio cruzado permanecerá no novo modelo? Como ele será implementado? Não seria melhor que o modelo previsse subsídios diretos com recursos de natureza orçamentária – já que poderiam ser contemplados como parte da política do *Welfare System* (bem estar sanitário), ser mais transparentes e, além disso, não interferir na eficiência das empresas? Em razão desses fatos, a linha de investigação seguida por esta tese procura analisar as características gerais da intervenção do Estado brasileiro na infra-estrutura e nos serviços de saneamento.

Muitos passos estratégicos, gerenciais e operacionais foram dados para que fosse cumprida a nova ordem constitucional, destacam-se dois: leis específicas foram editadas, para disciplinar o regime de concessões e permissões; autarquias especiais foram criadas, para regular cada segmento da prestação dos serviços públicos (águas e esgoto, energia elétrica, telecomunicações, transportes e combustíveis) (PEREIRA JUNIOR, 2012).

O Governo Lula propôs um novo marco regulatório e uma nova política de saneamento enfrentou inúmeras críticas, especialmente por parte das companhias estaduais, relacionadas ao fato de o projeto reforçar a titularidade municipal dos serviços em qualquer caso e, além disso, não definir de forma clara a origem e o montante de recursos que comporão os fundos de universalização e qual o papel esperado das parcerias público-privadas, entre outras.

Surge em 2013, o último Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab) um ambicioso plano de investimentos de mais de 500 bilhões de reais para os próximos vinte anos (2014-2033), num esforço governamental e em parceiras público-privada para enfrentar e resolver o problema do saneamento no Brasil. Esse é o primeiro plano de saneamento construído de forma democrática do governo com a sociedade civil, os agentes públicos e privados que atuam no setor. O BNDES oferece linhas próprias de financiamento no



vasto universo do saneamento básico, desde a captação de águas, redes de distribuição, coleta e tratamento e de esgoto e de lixo urbano. O anúncio de corte de investimento (2015) decorrente com a crise fiscal do Estado condena o saneamento a uma paralisia que ameaça esse plano.

## 5. Características do Setor de Saneamento no Brasil

O setor de saneamento é caracterizado por baixo dinamismo tecnológico e apresentam-se com pequenas variações na oferta de serviços (água e esgoto), quando comparada à de outros setores de infra-estrutura, como telecomunicações. Ao mesmo tempo é caracterizado por uma grande heterogeneidade quanto ao tamanho, número de prestadores envolvidos, forma de gestão e de desempenho (eficiência) e de investimentos (MARINHO, UFPR, 2012, p.344).

Para iniciar as características dos serviços de saneamento básico no Brasil, é interessante demonstrar alguns dados do SNIS 2012 (Ministério das Cidades): I) Atendimento em água potável: quando consideradas as áreas urbanas e rurais do País, a distribuição de água atinge 82,4% da população; II) O atendimento em coleta de esgotos: chega a 48,1% da população brasileira. Do esgoto gerado, apenas 37,5% recebe algum tipo de tratamento; III) Crescimento das ligações: entre 2010 e 2011, houve um crescimento de 1,4 milhões de ramais de água e 1,3 milhões na rede de esgotos no País, crescimentos relevantes quando se trata de ampliação de sistemas complexos nas cidades brasileiras; IV) O consumo de água por habitante no Brasil: foi de 162,6 litros por habitante ao dia, um pequeno incremento de 2,3% em 2011 com relação a 2010. A região com menor consumo é a Nordeste, com 120,6 litros por habitante por dia; já a região com maior consumo é a região Sudeste, com 189,7 litros por habitante por dia; V) Perda de água: as médias de perdas de água na distribuição alcançaram 38,8%, mantendo-se no mesmo patamar de 2010; VI) Receitas totais geradas pelos serviços de água e esgotos: alcançaram os R\$ 76,0 bilhões (2011); VII) Investimentos: movimentação financeira de R\$ 76,0 bilhões no ano de 2011, referente a investimentos que totalizaram R\$ 8,4 bilhões, mais receitas operacionais de R\$ 35,0 bilhões e despesas de R\$ 32,6 bilhões; VIII) Posto de trabalho: em 2011, o setor de saneamento gerou 642,9 mil empregos diretos e indiretos e de efeito renda em todo o país. Desses, 198,9 mil nas atividades diretas de prestação dos serviços e 444,0 mil gerados pelos investimentos.

O déficit de atendimento dos serviços de saneamento no Brasil, apresentando forte desigualdade de atendimento por serviço prestado (água e esgoto), entre as regiões (sul e sudeste em detrimento de nordeste, norte e centro-oeste), e por origem de domicílio atendido (urbano e rural), bem como uma expressiva iniquidade social. De acordo com essa hipótese, existiria uma relação não linear, no formato de um “U invertido”

entre indicadores de degradação e o desenvolvimento econômico, ou seja, nos primeiros estágios do desenvolvimento, a degradação aumentaria, mas passaria a diminuir em estágios mais avançados. Tal hipótese justifica a afirmação de Beckerman (1992) de que o desenvolvimento econômico possui impactos iniciais negativos sobre o meio ambiente, mas que, ao longo do tempo, seria a melhor forma de gerar uma maior preservação<sup>4</sup>.

Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) no ano de 2004, em cada R\$ 1,00 investido em saneamento gera economia de R\$ 4,00 na área da saúde. Isso demonstra a extrema importância desse serviço para a saúde da população, sendo que 88% das mortes por diarreias no mundo são causadas pelo saneamento inadequado (IBGE, 2012).

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 2012): I) Dos 62,8 milhões de domicílios, quase 27 milhões de residências (42,9%) ainda não têm rede coletora de esgoto; II) O número de domicílios beneficiados por rede coletora de esgoto aumentou de 54,9% em 2011, para 57,1% em 2012; III) O maior crescimento regional ocorreu no Sul, onde o avanço foi de 35,7% em 2011 para 42,3% em 2012. A região Norte se manteve estável em relação a 2011 com 13% de domicílios com acesso a rede coletora de esgoto. O Sudeste ainda é a região com melhor cobertura de rede de esgoto, 84,1% dos domicílios tem o serviço; IV) A cobertura de redes de água em todo o País aumentou de 84,6%, em 2011 para 85,4%, em 2012; V) O acesso a coleta de lixo em todo o País permaneceu em 88,8% entre os anos de 2011 e 2012; VI) A utilização de fossa rudimentar permaneceu em 16,6 % entre os anos de 2011 e 2012 em todo o País.

Uma característica que dificulta a verificação das condições de manutenção e operação é a localização da infra-estrutura, que se encontra enterrada. Isso gera uma necessidade maior de fiscalização e de informação para os reguladores. Existe ainda a assimetria de informações, que faz com que o regulador focalize sua atuação nas condutas mais facilmente observáveis do regulado, como a qualidade da água distribuída e a pressão da mesma na rede. Isso faz com que questões mais importantes sejam colocadas em segundo plano, como a verificação das tarifas e custos, pois para a regulação destas é necessário à disponibilização de informações por parte dos prestadores de serviços. (GALVÃO JUNIOR e PAGANINI, 2009, p.159)

Outro fator que dificulta a regulação neste setor é fato de serem efetuados grandes investimentos, isso pode levar a um comportamento oportunista por parte dos reguladores, como mudanças de regras tarifárias após a construção de obras e instalações

---

4 O presente estudo avaliou a existência de uma Curva Ambiental de Kuznets (CAK) para o caso dos déficits municipais de acesso a serviços de saneamento ambiental, que podem ser considerados como medidas indiretas de degradação ambiental. SAIANI, Carlos César Santejo *at ali*. Déficit de acesso a serviços de saneamento ambiental: evidências de uma Curva Ambiental de Kuznets para o caso dos municípios brasileiros? Disponível <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v22n3/08.pdf> 08/03/2015

operacionais. Isso torna necessário que o marco regulatório ofereça garantias e estabilidade de regras claras para os investidores (GALVÃO JUNIOR e PAGANINI, 2009, p. 406).

As características do setor de água e esgoto apresentadas no quadro abaixo possibilitam analisar várias dimensões dessa prestação de serviços e justificam a extrema necessidade de haver a regulação do setor.

### Características do setor de saneamento e suas repercussões

Características	Repercussões		
Físicas	<p>Majoria dos ativos (redes de água e esgoto) encontra-se enterrada</p> <p>Mudança lenta no padrão tecnológico</p> <p>Qualidade dos produtos de complexa verificação pelo usuário</p> <p>Fedez integradas em aglomerados urbanos</p> <p>Essencialidade no uso e consumo dos produtos (água e esgoto)</p>	<p>Difícil determinação do estado de conservação;</p> <p>Custo de manutenção elevado e complexidade para detecção de vazamentos nas tubulações</p> <p>Poucos ganhos de eficiência mediante avanços tecnológicos;</p> <p>Ativos com vida útil prolongada</p> <p>Necessidade de estrutura adequada para monitoramento da qualidade de produtos e serviços ofertados pelas concessionárias</p> <p>Envolvimento de mais de um ente federado na gestão dos serviços;</p> <p>Expansão da infraestrutura associada ao planejamento urbano</p> <p>Atendimento independente da capacidade de pagamento do usuário;</p> <p>Geração de externalidades positivas e negativas para a saúde pública, meio ambiente, recursos hídricos, entre outros</p>	
	Econômicas	<p>Custo fixo elevado</p> <p>Ativos específicos e de longa maturação</p> <p>Assimetria de informações</p> <p>Demanda inelástica</p> <p>Economias de escala</p> <p>Economias de escopo</p>	<p>Pouca flexibilidade para etapalização dos investimentos</p> <p>Monopólio natural;</p> <p>Inexistência de usos alternativos e baixo valor de revenda;</p> <p>Possibilidade remota de saída das concessionárias do mercado (não-contestável);</p> <p>pouca atratividade para investimentos</p> <p>Demais atores do setor dependem da informação técnica e econômico-financeira disponibilizada pelas concessionárias</p> <p>Possibilidade de extração de rendas significativas pelo prestador de serviços (monopólio)</p> <p>Viabilidade da prestação dos serviços por uma única empresa (monopólio)</p> <p>Custos comuns na operação de serviços de água e esgoto e tratamento de efluentes, tornando mais viável a prestação dos serviços por uma única empresa (monopólio)</p>

Fonte: Alceu de Castro Galvão Junior e Wanderlei da Silva Paganini

Enfim, essas características apresentam situações perigosas existentes no setor, como poder de monopólio e assimetria de informação, o que justifica a regulação do setor. Além disso, a regulação é necessária para que sejam realizadas práticas eficientes de gestão, expansão do produto, redução de tarifas, bem estar do consumidor pela qualidade dos serviços e universalização.

A pesquisadora em saneamento Marina Mello identificou alguns desses mesmos problemas nos contratos de quatro concessões plenas realizadas entre 1995/1998 (Águas de Limeira, Águas de Petrópolis, Pró-Lagos e Águas de Jaturnaíba). Nos em três casos, o leilão se deu com base na cobrança de outorga (Águas de Petrópolis, Pró-Lagos e Águas de Jaturnaíba) e em um caso (Águas de Limeira) com base na menor Tarifa Referencial de Água (TRA), ou seja, sem o pagamento dos direitos de outorga. Na maior parte dos casos, o esgoto continua sendo cobrado com base numa proporção da tarifa de água.

As metas físicas dos contratos são relativamente modestas, em que pese o período da concessão ser de 30 anos, não prevendo a cobertura total dos serviços, principalmente de coleta e tratamento de esgotos e não define quem deve ser atendido prioritariamente. Registra o descuido com relação ao sistema de preços de forma a aproximá-lo de critérios de eficiência e de equidade e apenas algumas iniciativas tímidas para adequar preços a custos de atendimento mediante diferenciação de tarifa de esgoto, principalmente no que diz respeito a consumidores industriais. Os padrões de qualidade inadequadamente definidos e não há determinação de avaliação de desempenho dos concessionários privados (MELLO, 2001, p.20-21).

## 6. Conclusões

A essencialidade dos serviços de saneamento básico para a população atribui-se com saúde pública preventiva fez a sua regulação, com a finalidade de fiscalizar, controlar e corrigir possíveis falhas no setor. Assim a regulação do saneamento no Brasil surgiu justamente quando os serviços passaram a ser prestados por empresas concessionárias privadas, pois até 1995, quase todas concessionárias eram públicas ou semi-públicas.

Em regra houve uma melhora do setor de saneamento à população brasileira, mas quanto à prestação desses serviços esse vem se dando de forma desigual, seja por tipo de serviço prestado, por região ou entre os setores sociais e faixa de renda. Quanto à desigualdade regional de renda, a solução para o alcance de metas de universalização desses serviços depende da garantia de financiamento público, que compreenda aporte de recursos para financiar os investimentos em regiões e/ou municípios carentes e a implementação de uma política de subsídio.

A insistência regulatória está na definição clara das regras e nos contratos de concessão, taxa mínima de retorno e equilíbrio econômico-financeiro, definindo metas e resultados, metas de expansão compatíveis com a universalização dos serviços e regimes tarifários relacionados à eficiência produtiva e tecnológica e o repasse dos ganhos de produtividade aos usuários em benefícios as empresas envolvidas e a qualidade de vida.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD 2012) mostra que o Sudeste ainda é a região com melhor cobertura de rede de esgoto, com 84,1% dos domicílios. De acordo com os relatórios técnicos, pode-se observar que houve avanços no abastecimento e tratamento de água e coleta e tratamento de esgoto em todo o Brasil, contudo desigualmente em cada região. Registram-se resultados positivos em vários aspectos, como o ganho de lucro das empresas, à modicidade tarifária de forma geral e a melhoria da saúde pública.

O problema grave situa-se pontualmente em relação à captação e o tratamento do esgoto sanitário. Há desigualdade na distribuição dos serviços de saneamento no município,

seja por região, bairro, renda etc. Os serviços mais precários estão nos bairros mais pobres em desacordo com o ideal de saneamento básico previsto na lei 11.445/2007. Muitas vezes, apesar de existir estação de tratamento de esgoto não se oferece serviço de coleta e tratamento de esgoto em todo território das cidades. Parte desse esgoto coletado é jogada, sem condições sanitárias, perto de corpos de água (rio, lagoa e mar). A cobertura da rede de esgoto na área rural é menor, porém tem menores conseqüências devido ao alto número de fossas sépticas, que têm capacidade de eliminar de forma segura o esgoto em áreas de baixa densidade populacional.

Por fim, conclui-se que houve avanços consideráveis no sistema de saneamento, mas há falha de métodos na regulação quanto à execução dos contratos com as concessionárias, principalmente na prestação do serviço de esgoto.

## 7. Referências

- ALMEIDA JUNIOR, João Theotonio Mendes. *A Regulação da Água: O Papel da Agência Nacional de Águas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: 1995. <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf> acesso em 10 de dezembro 2014.
- BRITTO, A.L.N.P. A Regulação dos serviços de saneamento no Brasil: perspectiva histórica, contexto atual e novas exigências de uma regulação pública. In: *ENCONTRO NACIONAL DA ANPUR*. 9, 2001. Rio de Janeiro: Anais ANPUR, 2001, p. 1080-1093.
- BUZANELLO, José Carlos. Sobre o Estatuto da Regulação no Brasil. In: Maria Teresinha Pereira Silva e Maurício Zanotelli. (Org.). *Direito e Administração Pública*. Curitiba: Juruá, 2011, v. 1, p. 181-198.
- CONFORTO, G. A regulação e a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro: v. 34, n. 5, p. 165-80, set./out. 2000.
- DALLARI, A.A.; Consórcios Públicos e Saneamento Básico. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Edição Especial, 2012.
- FARINA, E.M.M.Q.; AZEVEDO, P.F.; PICCHETTI, P. A reestruturação dos setores de infra-estrutura e a definição dos marcos regulatórios: princípios gerais, características e problemas. In: *Infra-estrutura: perspectivas de reorganização, regulação*. Brasília: Ipea, 1997. v. 1, p. 43-80.

- FREITAS, J. Regulação de Estado, Sustentabilidade e o direito fundamental à boa Administração Pública. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Edição Especial, 2012.
- FREITAS, M.B.; FREITAS, C. A. *Vigilância da Qualidade da Água para consumo humano: desafios e perspectivas para o sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
- GALVÃO JUNIOR, A.C.; PAGANINI, W.S. *Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil*. São Paulo: Marco 2009.
- GALVÃO JUNIOR, A.C.; XIMENES, M.A.F. *Regulação: Normatização da Prestação dos Serviços de Água e Esgoto*. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2008.
- GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Orgs.). *A economia brasileira nos anos 90*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000, p.88-89.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas. Disciplina Jurídica das Águas*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- INSTITUTO TRATA BRASIL. *Situação do Saneamento no Brasil*. Trata Brasil. Disponível em: <[www.tratabrasil.org.br](http://www.tratabrasil.org.br)>. Acesso em: 25 nov. 2014.
- MARINHO, Maria Japiassú. *Regulação dos serviços de saneamento no brasil*. Tese de doutorado em economia – UFPR. Disponível <http://www.economia.ufpr.br/teses%20doutorado/14%20%20maria%20do%20socorro%20japiassu%20marinho.pdf> Acesso em: 7 março 2015.
- MANNHEIMER, S.N. Regulação de Serviços Públicos: a ASEP-RJ. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: vol. 50, 1997.
- MOREIRA, E.B. Concessão de Serviço Público: breves notas sobre a atividade empresarial concessionária. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Edição Especial, 2012.
- MELLO, Marina Figueira de. *Privatização do setor de saneamento no Brasil: quatro experiências e muitas lições*. Rio de Janeiro: Departamento de Economia da PUC-RIO, set. 2001. (Texto para Discussão n. 447).
- NEVES, S.B.; Direito econômico e sua nova lógica para o direito administrativo: as agências reguladoras. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: vol.64, 2007.
- PENA, D.S.; ABICALIL, M.T. Saneamento: os desafios do setor e a política de saneamento. In: *Infra-estrutura: perspectivas de reorganização do saneamento*. Brasília: Ipea, 1999, p. 107-137.
- PEREIRA JUNIOR, J.T. Relação entre Concessionárias de Serviços Públicos e seus Usuários: do regular exercício ao abuso do direito. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Edição Especial, 2012.

- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. 500 Anos de Direito Administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Administrativo – RBDA*. Ano 1, n. 1, abr/jun. 2003. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 181-210.
- PIRES, J.C.L.; PICCININI, M. S. *Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- PIZAIA, Márcia Gonçalves et al. *A Política Regulatória do Uso da Água: estudo de caso para o Estado do Paraná*. Rio de Janeiro: FGV: Cadernos EBAPE.BR, volume II, nº 3, dezembro 2004.
- POSSAS, Mario Luiz et al. Regulação da concorrência nos setores de infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual. In: REZENDE, Fernando; PAULA, Tomás Bruginski de (Coords.). *Infra-estrutura: perspectivas de reorganização*. Brasília: IPEA, 1997, p. 109-111.
- SAIANI, Carlos César Santejo at al. *Déficit de acesso a serviços de saneamento ambiental: evidências de uma Curva Ambiental de Kuznets para o caso dos municípios brasileiros?* Disponível <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v22n3/08.pdf> acesso 08/03/2015.
- SOUTO, M,J,V.; Audiência Pública e Regulação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro: Edição Especial, 2012.
- SUTTON, R.I.; STAW, B. O que Não é Teoria. *Revista de Administração de Empresas*. São Paulo: ERA, v. 43, n.3, jul-set, 2003.
- TOLEDO SILVA, Ricardo. Público e privado na oferta de infra-estrutura urbana no Brasil. In: Dossiê: serviços urbanos, cidade e cidadania. Disponível em [www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r\\_toledo/.../GEDIMRTS.doc](http://www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo/.../GEDIMRTS.doc), em 21 maio 2014.
- VARGAS, M.C.; LIMA, R.S. *Concessões Privadas de Saneamento no Brasil: bom negócio para quem?* São Paulo: Ambiente & Sociedade – Vol. VII nº. 2 jul./dez. 2004.

# CATIVIDADE MARCÁRIA COMO FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR RISCO EM PROL DOS CONSUMIDORES

---

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS

Mestre e doutor em Direito Civil pela UFPE e professor da UFPB e do Unipê.  
E-mail: fer.mengo@uol.com.br

ANDRÉ LUIZ CAVALCANTI CABRAL

Mestre em Ciências Jurídicas com linha de pesquisa em Direito Econômico; doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB. E-mail: cabral@crc.adv.br

## Resumo

A sociedade pós-moderna pode ser tida como sociedade de risco. A partir da ideia de Ulrich Beck de que o conhecimento adquirido que permite o atual modelo de desenvolvimento gera riscos incontroláveis, tenta-se nesse estudo fazer uma validação da catividade marcária como fundamento de responsabilidade civil por riscos. A força das marcas como balizas fundamentais no processo econômico da atualidade é vista como vetor de responsabilidade em prol dos consumidores como classe de vulneráveis. A dificuldade dos consumidores, no processo de responsabilização pelos danos sofridos nas relações consumeristas, continua presente. A cadeia de fornecimento é complexa e se forma por meio de uma rede contratos que acentua a vulnerabilidade do consumidor. A atividade marcária permite a identificação dos partícipes da cadeia de fornecimento pelo compartilhamento da marca. A proposta neste artigo, é o fortalecimento da ideia da catividade marcária como paradigma de responsabilização a partir da marca, com a teoria do risco, examinando-se sua viabilidade de enquadramento no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil Brasileiro. A metodologia se baseará numa vertente jurídico-econômica e partirá de uma análise indutiva e levantamento de bibliografias, com o marco teórico de Ulrich Beck, Antony Giddens e Cláudia Lima Marques.

## Palavras-chave

Sociedade de Risco; Catividade marcária; Responsabilidade.



## Abstract

The postmodern society can be seen as risk society. From the Ulrich Beck's idea that the acquired knowledge allows the current development model, but its generates uncontrollable risks, this study attempts to make a validation of trademark captivity theory as the basis for civil liability for risk. The strength of the brands as fundamental goals in today's economic process is seen as a vector of liability for consumers as a vulnerable class. The difficulty of consumers in the process of accountability for damages suffered in their relations is still present. The supply process is complex and is formed by a network arrangements which stresses the consumer's vulnerability. The trademark captivity allows the identification of an economic group participants by sharing the brand. The proposal in this article, is to strengthen the idea of captivity mark as accountability paradigm from the brand with the theory of risk, examining its feasibility framing the sole paragraph of Article 927 of the Brazilian Civil Code. The methodology will be based on a legal-economic aspect and depart from an inductive analysis and bibliographic surveys, with the theoretical framework of Ulrich Beck, Antony Giddens and Claudia Lima Marques.

## Key words

Risk Society; Trademark Captivity; Liability.

## 1. Introdução

A sociedade atual tem características tão plurais que é de difícil definição ou mesmo categorização. Entre as diversas tentativas de definição dessa sociedade, a ideia do risco se apresenta como uma hipótese interessante de consolidação de um novo momento civilizatório. Momento esse ainda mais atraente, pós o esfacelamento de algumas dicotomias fundamentais na geopolítica global, como o velho conflito capitalismo versus socialismo e o fim da chamada guerra fria.

Esse admirável mundo novo global clama por solidariedade, entre ondas de nacionalismo e preconceitos enraizados. A humanização do direito ainda não conquistou sua efetividade e tudo, por não raras vezes, parece um grande palco de atores utilitaristas que, ao fim, desempenham seus papéis apenas com o intuito dos benefícios econômicos que podem ser colhidos. O quadro é mais grave ainda quando se trata do direito dito privado. Porém, a ânsia de produção da necessária riqueza para sustentação de modelos sociais consumistas torna o risco incontrolável e elemento inerente da sociedade. Viver em sociedade passar a ser arriscar-se, muito além de uma força imponderável, mas como consequência de opção por um modelo de ilimitadas necessidades satisfeitas por múltiplas hipóteses. Assim, os riscos não são imprevisíveis, mas ao contrário, previstos e assimilados como naturais, num sistema onde a engrenagem não pode parar, e eventuais reparos devem ser feito em movimento, mesmo que os danos sejam severos.

Nesse contexto, alguns grupos sociais, por mais que se possa identificar alguma organização ou mobilização, seja política, social ou mesmo econômica, em seu benefício, continuam em acentuada posição de vulnerabilidade. Uma vulnerabilidade tão plural, cujo reflexo jurídico é, apenas, mais uma face desse prisma de hipossuficiências. Uma potencialidade jurídica mitigada por arcaicos modelos e instrumentos que não resolvem seus anseios jurídicos, nem sequer, efetivam os direitos basilares já conquistados. Nesse vasto rol de vulneráveis estão os consumidores, ao lado de outros grupos, como por exemplo, os menores, os idosos, os deficientes, os indígenas, as pequenas empresas. Para fins dessa abordagem, será os consumidores o grupo de vulneráveis objeto do interesse investigativo.

A responsabilidade civil é assim desafiada pelo risco. Afinal, notadamente o desenvolvimento econômico capitalista pautado na livre iniciativa e na proteção da propriedade privada, não pode renegar o risco de danos. Por isso, os riscos inerentes a uma atividade econômica é fator de análise, desde seu planejamento prévio até a sua dissolução. O mercado global é um mercado alicerçado na oferta e contratação em massa de consumidores, onde as necessidades são criadas por um discurso publicitário que se notabiliza pela visibilidade das marcas.

As marcas como grandes faróis do mercado atraem os consumidores navegantes para o seu porto nem sempre seguro. A proposta, no presente artigo, é uma análise de responsabilização a partir da marca empresarial registrada, na sociedade de risco, fundamentada no fenômeno de sua catividade. Há a tentativa de demonstrar e reforçar a utilização da marca como vetor da responsabilidade civil por meio da catividade marcária. Adiante, tratar-se-á da sociedade de risco, para contextualizar o modelo de nossa sociedade atual. Em seguida, aborda-se a catividade marcária com a explicitação de suas bases teóricas para sua definição. Finalmente, aborda-se a catividade marcária como fundamento da responsabilidade por risco.

## 2. Da Sociedade de Risco

A sociedade de risco é uma idéia que foi consagrada a partir da obra de Ulrich Beck<sup>1</sup>. Na sociedade moderna atual, para alguns pós-moderna<sup>2</sup>, alta modernidade<sup>3</sup> ou modernidade tardia, o conhecimento adquirido que permite o atual modelo de desenvolvimento gera riscos incontroláveis. Principalmente, a produção de bens para a satisfação das necessidades da humanidade, provoca inexoravelmente riscos. A sociedade industrial

1 Cf. BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco*. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2013.

2 Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *O novo direito Privado e a proteção dos vulneráveis* / Claudia Lima Marques, Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

3 Cf. GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade* / Anthony Giddens; tradução, Plínio Dentzien. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

é vista pelos partícipes da teoria da sociedade de risco em um contexto de êxito duvidoso, pois estaria o modelo atual denunciando que os altos perigos criados são incontrolláveis e potencialmente destrutivos de nossa civilização. Na síntese de Alexandre (2000, p. 154):

Ainda em Giddens, um entendimento do que vem a ser risco na alta modernidade, significa urna consciência de existência de um lado sombrio da modernidade, coisa que os fundadores da sociologia, Marx, Durkheim e Weber deixaram de certa forma de considerar. Nestes três autores, para Giddens, as conseqüências da modernidade em termos de uma preocupação com os limites do uso da racionalidade científica e dos danos ambientais resultados das praticas industriais não foram considerados. Marx aduzia claramente a uma superação das necessidades impostas pela natureza tomada a partir do aperfeiçoamento do uso da técnica, de maneira tal que o incremento da industrialização somente deveria libertar mais o trabalhador e que nesse rumo a luta de classes estaria com seus dias contados. Durkheim precisava que a felicidade da sociedade moderna era alcançável exatamente através do industrialismo, se aperfeiçoada a solidariedade orgânica com cooperativas e associativismos. Weber desprezava a modernidade pela sua crueza racionalizante e burocratizante, porém ele nunca imaginou que essas duas características da modernidade se somariam a uma perda de controle com riscos sociais e ambientais.”

O Mesmo que se possa entender que alguns riscos seriam inevitáveis, na verdade, a ampla maioria deles, são aceitáveis, no sentido em que, simplesmente, são assumidos como necessários na busca do bem maior.

“Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Conseqüentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos.” (BECK, 2013, p. 23)

A forma de produção do mundo contemporâneo impõe níveis nunca imaginados de utilização de recursos naturais ou não. A idéia de risco não é simplesmente a noção de perigo. A humanidade sempre conviveu com o perigo, seja ele provindo da natureza, ou do próprio homem, o “outro”. Contudo, no processo de evolução da organização civilizatória, o homem foi transformando seu meio ambiente, na tentativa de reduzir seus riscos. Obviamente, ponto importantíssimo é a evolução dos meios econômicos, com sua propulsão fincada no acúmulo de conhecimento que gerou, a cada dia, novas tecnologias. Ao final, a natureza parecia estar sendo controlado, o outro, também, poderia ser domado.

No contexto de tantos riscos, cabe a reflexão do papel do conhecimento. Embora, nessa oportunidade de estudo, o espaço não seja adequado, é importante fincar a idéia de

que a sociedade pós-moderna admite que seu conhecimento é, simplesmente e naturalmente, arriscado. O conhecimento científico, apesar de aniquilador dos mitos e superstições, está longe de ser seguro. É um conhecimento também transitório, até ansioso, ávido a lucrar, e, por isso, nem sempre cauteloso.

“No turbilhão de mudanças, é muito mais atraente o conhecimento criado para usar e jogar fora, o conhecimento pronto para utilização e eliminação instantâneas, o tipo de conhecimento prometido pelos programas de computador que entram e saem das prateleiras das lojas num ritmo cada vez mais acelerado.” (BAUMAN, 2010, p. 42)

Ou seja, o mesmo conhecimento que liberta do misticismo e ilumina as trevas, acabou por gerar novos riscos que não existiam, e que passam a representar, quiçá, perigos mais destrutivos. O que dizer de um ataque bélico nuclear, por exemplo? Nesses cenários, os riscos foram potencializados a um patamar nunca visto. Assim, “[...] no processo de modernização, são desencadeado riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida.” (BECK, 2013, p. 23).

“A modernidade reduz o risco geral de certas áreas e modos de vida, mas ao mesmo tempo introduz novos parâmetros de risco, pouco conhecidos ou inteiramente desconhecidos em épocas anteriores. Esses parâmetros incluem riscos de alta consequência, derivados do caráter globalizado dos sistemas sociais da modernidade. O mundo moderno tardio — o mundo do que 12 Modernidade e identidade chamo de alta modernidade — é apocalíptico não porque se dirija inevitavelmente à calamidade, mas porque introduz riscos que gerações anteriores não tiveram que enfrentar. Por mais que tenha havido progresso na negociação internacional e no controle das armas, uma vez que continuarem a existir armas nucleares, ou mesmo o conhecimento necessário para construí-las, e uma vez que a ciência e a tecnologia continuarem a se envolver com a criação de novos armamentos, o risco da guerra maciçamente destrutiva permanecerá.” (GIDDENS, 2002, pp.11-12).

A própria questão energética é outro bom exemplo. Os países consomem seus recursos naturais em busca de energia, em fontes não renováveis, que colocam em risco até mesmo as fontes renováveis. O tema da energia nuclear não pode deixar de ser polêmico, as pequenas amostras de seus acidentes, como os caso de Chernobyl (1986)<sup>4</sup> e Fukushima (2011), são suficientes para justificar uma reflexão profunda sobre as escolhas feitas, bem como, para evidenciar que os riscos são colossais. Na temática nuclear, todos são vulneráveis, pois a radioatividade não escolhe gênero, raça, nacionalidade, ou posição econômica.

4 O caso de Chernobyl é um dos fatores que inspira a teoria de Ulrich Beck como o próprio autor confessa na suas palavras acerca de sua própria obra (BECK, 2013, pp. 07- 10).

Numa sociedade onde os riscos são tantos e tão severos, algo necessita ser feito para se possível eliminá-los, quando impossível a eliminação, mitigá-los e, quando materializado o risco em danos, a socialização destes últimos é preciso. O problema proposto seria como melhor equalizar os riscos no meio da sociedade. Se é verdade que muito se tem feito, no que tange a reflexões dos grandes riscos, como os ambientais, por exemplo, com uma ampla divulgação da mídia de seus problemas, pressões políticas por leis mais severas, tratados internacionais como o de Kioto, o mesmo já não se pode referenciar quanto aos danos menores.

A sociedade de risco consiste numa realidade formada por fluxos de riscos, em diversos níveis e escalas interligadas em dimensões difusas, não sempre muito claras ou perceptíveis, onde ninguém está inatingível. Como afirma Beck (2013, p. 36), “Atinge-se, por assim dizer, uma superprodução de riscos, que em parte se relativizam, em parte se complementam, em parte invadem o terreno uns dos outros.” Contudo, no mercado acirrado por uma concorrência feroz, cada agente competidor, a sua maneira, luta com afinco para conquistar espaços e se esquivar dos riscos que permeiam seu espaço, seja ele o produtor ou não dos perigos que marcam sua trajetória. É o que Beck (2013, p. 36) explicita afirmando que “Cada ponto de vista interessado procura armar-se com definições de risco, para poder dessa maneira rechaçar os riscos que ameaçam seu bolso.”

Obviamente, os meios de defesa anti-risco perpassam por armas também plurais. Há aqueles instrumentos econômicos (seguros, provisões de recursos para atender as demandas geradas pelos riscos, etc.), jurídicas (tentativa de exclusão de responsabilidades contratualmente, cláusulas penais, etc.) e, obviamente políticas (pressão nos legisladores por normas que isentem responsabilidade ou imponha limites, propagação de valores que interessem na administração dos riscos, etc.), todos em alguma medida são sociais. MARQUES e MIRAGEM afirmam que existem “duas tendências mundiais: a criação de leis e fontes específicas para a proteção dos vulneráveis e o uso necessário da teoria do diálogo das fontes, sejam de direito público ou de direito privado, para a efetiva e completa defesa dos mais fracos na sociedade.” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 210).

Apesar do que possamos chamar de resistência aos riscos ser uma prática geral, as estratégias adotadas oscilam muito entre cada grupo, principalmente, quando se trata dos vulneráveis. No caso da vulnerabilidade do consumidor, há hoje diversos estudos que fortalecem o seu reconhecimento e que afastam a idéia da autonomia da vontade ou liberdade de escolha como traço marcante deste grupo. O combate à idéia da autonomia do consumidor gerou o reconhecimento de que:

[...] o mito da *soberania do consumidor* é um reflexo do mito liberal do contratualismo, que reduz toda a vida em sociedade – nomeadamente a vida econômica – a *relações contratuais* livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos, cada um dos quais

dispõe de informação completa sobre todas as alternativas possíveis e sabe perfeitamente o que quer. (NUNES, 2003, p. 57).

Ademais, sendo os consumidores um grupo de vulneráveis amplo, a sua homogeneidade econômica, também, é um mito. Existem os hipervulneráveis<sup>5</sup>, os pobres consumidores possuem ainda menos condições de resistências aos riscos que os mais abastados. Eis a desigual distribuição dos riscos, seja entre grupos ou, internamente, no seio de um grupo. Nas palavras de Beck (2013, p.41) “A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe – mas de modo inverso: as riquezas se acumulam em cima, os riscos em baixo.” Embora, o próprio Beck em outros momentos defenda que a sociedade de riscos da modernidade tardia se afasta da modernidade industrial pela superação da idéia de classes, pois os grandes riscos “civilizacionais” colocariam todos em xeque. Inclusive os que se aproveitaram economicamente e produziram os riscos, são também atingidos. A esse processo ele denomina de efeito bumerangue. (BECK, 2013, pp. 23-28; 41-47).

O acúmulo de riqueza é sinônimo de maior proteção contra os riscos, por isso a fundamentalidade da propriedade privada. O liberalismo econômico enaltece a propriedade privada, tanto que, constitucionalmente<sup>6</sup>, está consagrada como direito fundamental, além de ser exaustivamente disciplinada no âmbito infraconstitucional.<sup>7</sup>A função social é exigida também constitucionalmente como sombra de legitimação de sua titularidade, o que faz aparentar uma flexibilidade no absolutismo liberal clássico. No entanto, não se olvida de que a propriedade continua sendo sinônimo de poder. Daí a sua ligação com o poder político. “Parece uma realidade que o poder econômico — seja representado pela detenção de propriedades imóveis, de bens de produção, de tecnologia ou valor mobiliário — constitui um dos pressupostos do poder político.” (TAVARES, 2003, p. 159).

Por isso, no presente ensaio, tem-se como foco a possibilidade da catividade marcaria ser um instrumento de responsabilização empresarial na sociedade de risco. Essa instrumentalidade da catividade marcaria será construída em benefício de uma categoria específica de vulneráveis: os consumidores. Espera-se adiante justificar a possibilidade de adequação da catividade marcaria aos fins propostos com base no ordenamento jurídico pátrio da responsabilidade civil.

5 REsp 586.316/MG, j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin apud MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 184.

6 Cf. Artigo 5º, incisos XXII e art. 170, II da Constituição Federal. No entanto, a função social é exigida também constitucionalmente como sombra de legitimação de sua titularidade (artigo 5º, inciso XXIII e artigo 170, incisos III da Constituição Federal).

7 Cf. Artigo 1228 do Código Civil Brasileiro.

### 3. Da Catividade Marcária

O mercado de consumo se move iluminado por marcas nos painéis publicitários. O símbolo marcário, ou simplesmente a marca é qualquer signo distintivo que identifica a origem de produto ou serviço. Soares entende que:

[...] a marca é o sinal gráfico, figurativo ou de qualquer natureza, isolado ou combinado e que se destina à apresentação do produto e/ou do serviço ao mercado. Por isso deve ser distintiva, especial e inconfundível. Consistindo a marca num sinal qualquer, e empregada essa palavra genericamente, subentende-se que marca é tudo, dispensando-se assim qualquer forma enumerativa, exemplificativa ou restritiva.” (SOARES, 2000, p.16).

Portanto, tradicionalmente, a marca serve de referência para o consumo e influi diretamente nas escolhas de mercado. Portanto, “para as empresas as marcas representam uma propriedade legal incrivelmente valiosa que pode influenciar o comportamento do consumidor, ser comprada e vendida e, ainda, oferecer a segurança de receitas futuras e estáveis para seu proprietário”. (KOTLER, 2006, p. 269). Assim, o produto ou serviço marcado, recorre a uma idéia pretérita de experiência positiva ou de renome num dado segmento de mercado, ou mesmo, em caso de marca nova, pretende marcar posição nesse sentido para que no futuro possa servir de referência.

A marca sempre foi vista como objeto do direito de propriedade. Nessa perspectiva o Direito sempre se ocupou de proteger a marca sob o prisma patrimonial, permitindo a sua exploração por aquele declarado seu titular. Internacionalmente, tem-se tanto a Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP)<sup>8</sup>, como o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio<sup>9</sup> como principais instrumentos regulatórios da questão marcária. Constitucionalmente, sua proteção se encontra no art. 5º, inc. XXIX, o que a coloca nos direitos fundamentais. Ademais, existe uma extensa regulação infraconstitucional, sendo disciplinada pela Lei nº 9.279 de 1996, também denominada de Código da Propriedade Industrial, que dedica todo um título às marcas, e atribui competência ao INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial<sup>10</sup> para o registro dos símbolos como marca, segundo os critérios da novidade, veracidade, capacidade distintiva e da licitude. Assim, conforme alinhamento com

8 A CUP foi incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto n. 75.572/1985.

9 Chamado de TRIPS, do inglês *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), integrante do conjunto de Acordos assinados em 1994, no encerramento da Rodada Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), que criou a Organização Mundial do Comércio (OMC), recepcionado no Brasil pelo Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

10 O INPI foi criado pela Lei Nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970.

a regulação internacional a marca é passível de registro que atribui direito de exclusividade por um período de dez anos, que pode ser renovado por sucessivos e ilimitados decênios.<sup>11</sup>

Todo esse sistema está calcado na premissa da marca-propriedade. A marca como patrimônio do seu titular e, portanto, como bem objeto de uma propriedade absoluta e oponível aos terceiros, aos quais se impõe a obrigação negativa de não utilizar o signo protegido sem a necessária e prévia autorização. Assim, a marca é espécie de bem imaterial de natureza móvel. Para Negrão a marca é bem imaterial que:

“Do ponto de vista do estabelecimento e identificando sua natureza jurídica, a marca pode ser conceituada como um direito de propriedade incorpóreo, integrante do estabelecimento, que tem como funções distinguir produtos e serviços e, em alguns casos, identificar sua origem e atestar o atendimento desses quanto a certas normas e especificações técnicas.” (NEGRÃO, 2010, p.167).

Sob a perspectiva informacional, as marcas são perfeitas à propagação pela sua apresentação imagética. A percepção humana, pelo sentido da visão, é um mecanismo natural de informação e configuração do espaço humano ou, ao menos, sua racionalização. A alfabetização marcária é prévia a alfabetização formal de uma língua. A razão é simples, nascemos conectados à rede informativa publicitária e, portanto, bombardeados pelas imagens das marcas.

Trata-se da idéia que as necessidades humanas como ilimitadas merece o amplo esforço atual para o seu atendimento. Justamente, aí, tem-se uma contínua criação e renovação de necessidades, num fenômeno sócio-econômico de inserção e pertencimento social, onde a publicidade é vital, pois atiza, consolida e constrói carências e desejos. Trata-se da função criativa ou persuasiva da publicidade.

“Há ainda uma função criativa na publicidade. Na verdade, a publicidade posta como elo entre os produtos, serviços, fornecedores, e os consumidores, acaba por criar conceitos, expectativas e necessidades. [...] Aqui a publicidade é verdadeira construtora de imagens (conceitos), e assim acaba provocando expectativas em seu destinatário, que não raras vezes apesar de não precisar do produto ofertado, acaba sentindo uma necessidade de adquiri-lo ou readquiri-lo.” (CABRAL in PORTO, 2014, p. 84).

Nesse sentido, também expõe Dupas (2002, p. 51), a “comunicação e as mídias, os comunicadores e os publicitários, selecionam as imagens daquilo que querem que o mundo venha a ser, especialmente ornadas de artifícios sedutores e, por isso, mais vulneráveis.”

11 Lei nº 9.279/96 (LPI) - Art. 133. O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.



Ademais, como aduz Nunes (2003, p. 58), a lógica da sociedade de consumo é no sentido de que “as necessidades são pretextos para vender aquilo que se produz. Assim, se não há necessidades, inventam-se e os desejos são produzidos juntamente com os bens.”

Na divisão dos espaços representativos do trabalho e divertimento (*playfulness*)<sup>12</sup>, a publicidade não encontra limitação alguma. Tanto é possível sua inserção no trabalho quanto no divertimento. Assim, não há espaços sociais *apublicitários* ou não publicitários. Seja qual for o sítio, lá poderá está uma oportunidade de convite ao consumo.

Portanto, a marca é pensada como ativo de primeira ordem no mundo empresarial, pois constrói o feixe de valores (sofisticação, segurança, cuidado, etc.) que passam a se vincular à atividade exercida e, conseqüentemente, ao produto ou serviço que oferta. Nesse processo, os consumidores vão se identificando com esses valores, ou vão consolidando suas preferências com bases em experiências pretéritas positivas de consumo. Ao final, com o passar do tempo, a marca adquire renome e passa a ser o farol maior de referência na jornada de consumo. Batey ressalta o processo de marketing por trás de uma marca que aliado a experiência de consumo dos partícipes do mercado provocam o substrato do renome marcário.

“Vale repetir que uma marca é criada não só como resultado das atividades de um marqueteiro (o estímulo, ou *input*), mas também – e isso é o principal - como resultado da leitura e da reação do consumidor a essas atividades (o que ele depreende da mensagem). Do ponto de vista do marqueteiro, a marca é uma promessa, um pacto. Da perspectiva do consumidor, é uma série de associações, percepções e expectativas que existem em sua cabeça. {...} Com o tempo, experiências e encontros vão formando um conjunto de associações, influenciado a percepção da marca e gerando a rede associativa, ou *engrama da marca*.” (BATEY, 2010, p. 27 e 28)

A sociedade de consumo é resultado da sociedade de oferta, ou seja, o consumo se desenvolve a partir do incremento das atividades publicitárias. Justamente, nas publicidades ou propagandas em geral podemos entender que se encontra o habitat natural das marcas. Por isso, as marcas são, antes, projetos de captação da atenção dos consumidores, e se realizam no momento que essa percepção conquistada se transforma em opção de consumo. Eis a teia publicitária que aprisiona o consumidor, que inserido na sociedade de consumo, não está imune ao seu magnetismo imagético. A questão da cultura de oferta de que fala Bauman (2010, pp.33-34).

“A cultura de hoje é feita de *ofertas*, não de *normas*. Como observou Pierre Bourdieu, a cultura vive de sedução, não de regulamentação; de relações

12 Utiliza-se aqui a proposta de classificação dos espaços sociais apresentada por HANNAH ARENDT (2010, pp.156-159).

públicas, não de controle policial; da criação de novas necessidades/desejos/exigências, não de coerção. Esta nossa sociedade é uma sociedade de consumidores. E, como o resto do mundo visto e pelos consumidores, a cultura também se transforma num armazém de produtos destinados ao consumo, cada qual concorrendo com os outros para conquistar a atenção inconstante/errante dos potenciais consumidores.”

Santos (2002, p.85) entende a globalização como um “[...] conjunto de relações sociais que se traduzem na intensificação das interações transnacionais, sejam elas práticas interestatais, práticas capitalistas globais ou práticas sociais e culturais transnacionais”. O processo de globalização catapulta, via publicidade, as marcas a um patamar do consumismo global. Alie-se, nesse cenário, a transitoriedade das necessidades, representada, pela sua rápida renovação ou reincidência, o que faz com que os produtos e serviços, também, caracterizem-se pela pouca durabilidade, seja física ou funcional. “O consumismo de hoje não consiste em acumular objetos, mas em seu gozo descartável.” (BAUMAN, 2010, p. 42).

A força das marcas foi rapidamente compreendida pelo direito que tratou de protegê-la. É o triunfo da marca-propriedade. A exaltação da marca é produto de estratégias e diretrizes econômicas de dominação de mercados resultantes da sua essencialidade ao sistema capitalista<sup>13</sup>. Por isso, em termos econômicos, passou-se a explorar uma marca de formas múltiplas, principalmente, por compartilhamento marcário. São diversos os contratos que passaram a tratar de compartilhamento de marcas. Franquia, concessão, representação, licença e co-branding são alguns exemplos de compartilhamento. A idéia de exercício de uma composses marcária promove, ao final, o crescimento do renome da marca, seja pela consolidação em seu mercado, seja pelas conquistas de novos espaços pelos compossuidores.

O problema é que, consciente de uma sociedade de risco, é possível se superar a exclusividade do aspecto marca-propriedade. Afinal, no fenômeno global, há riscos próprios do universo econômico empresarial. Não se pode perder de vista o mandamento constitucional, no art. 3º, I, onde o desenvolvimento deve levar a uma sociedade livre, justa e solidária. Assim, a marca-propriedade deve ter uma efetiva função social da propriedade. Afinal, existe uma marca-risco. As marcas atraem os consumidores e os expõe aos perigos do consumo, aos seus acidentes que passam desde aos danos materiais, mas que colocam em xeque a própria saúde e segurança dos usuários.

13 Observe-se que o sistema internacional da propriedade industrial é criado, ainda, no fim do século XIX com a Convenção da União de Paris - CUP (1883). O Brasil foi um dos 14 (catorze) países signatários. No entanto, a consolidação do sistema internacional da propriedade industrial ocorreu, durante o século XX, nas revisões da CUP, desde Bruxelas (1900), passando por Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967). Atualmente, tem-se a impressionante adesão de 176 signatários <[http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty\\_id=2](http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?lang=en&treaty_id=2)> Acesso em 02 de junho de 2015.

A vulnerabilidade dos consumidores dependentes dos produtos e serviços para satisfação de suas necessidades vai desde a impotência em relação ao que lhe é ofertado, passando pela assimetria de informações em relação ao fornecedor e vai até mesmo a extrema dificuldade de identificar, para além da marca, quem é o real responsável pelo produto ou serviço adquirido.

“No mundo atual, o déficit informacional dos consumidores é cada vez mais profundo. A jurisprudência, porém, está demonstrando uma tendência de valorizar as informações prestadas, mesmo que através da marca ou aparência, e daí tirando instrumentos de compensação desta vulnerabilidade intrínseca do papel de consumidor.” (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15).

De fato, o único ponto facilmente perceptível no mercado de consumo são as marcas. Essa vulnerabilidade, ou seu reconhecimento, é relevante valor social na condução econômica, o que reflete ainda na principiologia da ordem econômica de proteção geral aos consumidores.

O mercado deve ter um espírito igualitário de regras comuns, para que se possa desenvolver um jogo justo, uma disputa igualitária. Contudo, a concorrência obriga aos empresários a desenvolver uma diferenciação dos demais concorrentes para que possam ser notados em um mercado, cada vez mais, global. Ou seja, a igualdade cede à desigualdade, para que o agente de mercado possa se diferenciar. A marca como elemento distintivo serve à desigualdade.

Na idéia de que “existir não é somente ser diferente, mas também ser reconhecido legitimamente diferente e em que, por outras palavras, a existência real da identidade supõe a possibilidade real, juridicamente e politicamente garantida, de afirmar oficialmente a diferença – qualquer unificação, que assimile aquilo que é diferente, encerra o princípio da dominação de uma identidade sobre a outra, de negação de uma identidade por outra.” (BOURDIEU, 2010, p. 129)

Em qualquer disputa, cada concorrente busca o melhor para si. O sistema econômico mundial é por essência conflituoso. Wallerstein (1976, p. 229-233) demonstra que:

“Um sistema-mundo é um sistema social, que tem limites, estruturas, grupos de membros, regras de legitimação e coerência. A sua vida é formada por forças em conflito que o mantém unido pela tensão e o separa na forma como cada grupo procura, eternamente, para remodelá-lo a seu favor.”

O elemento identificador da marca serve, não só aos consumidores que passam a ter uma referência de origem, mas também aos concorrentes do fornecedor marcado, que

identificam os seus aliados ou rivais. Os agentes econômicos jogam uniformizados pelas marcas.

“a marca serve como uma espécie de uniforme identificador das equipes partícipes do jogo concorrencial. Entretanto, há nítida dificuldade de se identificar os contornos dessas relações e suas consequências no direito econômico e do desenvolvimento.” (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).

A marca indica a origem da oferta, quem é o proponente do consumo. No reconhecimento de Kotler (2006, p. 22) a “[...] marca é uma oferta de uma fonte conhecida.” Contudo, é a diferenciação é que atrai o consumidor, conquistando sua opção por uma primeira experiência de consumo (captação inaugural) ou, o mais cobiçado pelos fornecedores, manter-se como opção permanente de consumo (fidelidade). Essa *vis attractiva* marcária não pode ser compreendida como um fenômeno estritamente econômico, mas deve ser reconhecida como importante aspecto cultural e social da pós-modernidade. Portanto, a marca faz bem mais que apontar origem do produto, ela materializa uma ideia, um conceito, um comportamento, uma expectativa iminente de satisfação de desejos.

Quessada (2003, p. 12) exprime o seguinte pensamento: “Por seu trabalho de imposição de ordens e de vetorização da ordem (de organização da ordem), a publicidade consiste fundamentalmente na criação e na definição de territórios (os territórios das marcas) aos quais aderem pessoas.” Não à toa a marca se tornou ativo de primeira ordem no patrimônio empresarial.

Fortunas são dispensadas na construção das marcas, por meio de campanhas publicitárias e profissionais cada vez mais especializados na construção de marcas respeitadas. “Cria-se um sistema de retroalimentação em que a publicidade, como espécie de comunicação social de massa, fortalece a marca que ostenta e, por outro lado, a marca fortalece a própria publicidade que a propaga.” (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).

A força desse processo é tanta que temos denominado o momento em que vivemos de a era *Times Square*, em referência a um dos pontos turísticos mais visitados no mundo.<sup>14</sup>

Na famosa praça nova-iorquina, os olhos de todos estão nas marcas propagadas em grandes telões publicitários que convidam ao consumo de forma ininterrupta,

Na era *Times Square*, todo lugar é mercado, o discurso é publicitário, o patrimônio mais valioso é intangível<sup>15</sup>, todos são consumidores, e o fim

14 Estima-se que cerca de 50 milhões de turistas estiveram na Times Square em 2013. CF. <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/lista-os-dez-pontos-turisticos-mais-visitados-no-mundo/>>. Acesso: 05 de Maio 2015.

15 A própria marca é contabilmente um ativo intangível.

é o poder econômico. Só se tem significado o que se associa a um valor consumível, as pessoas pertencem às tribos sociais que ostentam seus totems (suas marcas) como senhas essenciais de inserção e permanência em seu seio coletivo. O indivíduo é o que consome, seja vestindo, bebendo, viajando etc. (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).

O idioma de mercado precisa ser eficiente aos seus fins e apto a se comunicar com dinamismo. Nesse contexto, a marca instrumentaliza uma comunicação célere e eficiente com os consumidores. Mais que a origem do produto e suas especificações, a marca tenta passar um grupo axiológico atraente aos consumidores. Inclusive, com o passar do tempo, as experiências de consumo do próprio indivíduo interfere nessa relação informacional e adere ao substrato de valores da marca. Assim, há uma interação de elementos objetivos (discurso, imagens, publicidades) e subjetivos (experiências de consumo individuais) na construção do ideário marcário. Solomon (2011, p. 32) destaca que as “pessoas quase sempre escolhem um produto porque gostam de sua imagem ou porque acreditam que sua ‘personalidade’, de alguma maneira, corresponde à delas”.

Fortalecida a marca, ela passa a ter ainda mais potencial de assumir a posição de objeto próprio das relações negociais no mundo empresarial. Uma grande marca faz com que ela seja melhor negócio que o produto que antes ela identificava. Por isso, com a evolução das estratégias de ocupação de mercado, foram sendo criadas, cada vez mais, novas formas de contratos que atraíam a marca para seu contexto.

Logo, surgem contratos múltiplos, conexos, cativos, entre outros numa denúncia da proliferação de novas formas de se relacionar no mercado da pós-modernidade. Os contratos cativos consistem numa série de contratos ou relações contratuais que criam relações jurídicas complexas de longa duração envolvendo agentes econômicos de uma cadeia de fornecimento e impondo uma posição de dependência ou catividade dos consumidores. Isso se coaduna com o perfil atual de indução ao consumo de bens materiais ou não através de exposição à publicidade agressiva, além de outras estratégias de *marketing*, que expõem os consumidores a graves riscos na vida em sociedade e produzem grande insegurança quanto ao futuro, portanto são exemplos desses contratos cativos os bancários, fornecimento de água, luz e telefone, entre outros. (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).

Marques (2006, pp. 91-92) explicita a noção dos contratos que denomina de “cativos”:

Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos) para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas de longa duração, envolvendo uma

cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes, consumidores.

Quando o titular de uma marca resolve compartilhar sua marca com outro fornecedor, ele irá configurar um contrato que permita esta operação, e, obviamente, permita trazer as vantagens que legitimamente espera, bem como o proteja como titular da marca. Contudo, as formas idealizadas de compartilhamento marcário, seja licença, franquia, concessão, co-branding, ou outra que inclua a composses marcária, acabam por afetar interesses de terceiros, pois, ao final, o mercado consumidor não é informado das exatas definições de limites do uso do símbolo entre os contratantes. Ou seja, para o consumidor, muitas vezes, sequer se percebe que uma dada marca está sendo ofertada por outro fornecedor com a devida permissão do titular marcário. Interessante a proposta de Konder (2006, p. 189) para a caracterização do fenômeno da conexidade contratual.

São conexos os contratos que, para além de sua função individual específica, apresentam juntos uma função ulterior. Em virtude de sua ligação, aqueles negócios estruturalmente independentes perseguem uma finalidade que ultrapassa a mera soma das suas próprias finalidades individuais.

Assim, o titular de uma marca quando a explora por meio de sucessivos contratos de licença com partes contratantes, ainda que distintas, por mais que sejam negociações independentes, mais do que o negócio de cada um, a rede de compartilhamento marcário formada, interessa a todos, pois o uso reforçado da marca pelo grupo, fortalece seu conceito perante o mercado como um símbolo de força.

Finalmente, a realidade de compartilhamento marcário por sua força atrativa alinha-se ao pensamento exposto acerca dos contratos cativos, pois as marcas se fortalecem por meio de método de massificação publicitária, aprisionando os consumidores pela apreensão de seus desejos e necessidades numa cadeia de fornecedores.

*A catividade marcária é fundamentada no fato de que as escolhas e preferências dos consumidores se pautam na marca, pois nela se deposita o conceito ou renome como variante de decisão de aquisição. Variante qualitativa seja pelo atributo de procedência, de antiguidade no mercado, ou mesmo, associativa, que remete às experiências pretéritas de consumo e de satisfação de necessidades similares anteriormente manifestadas. (VASCONCELOS; CABRAL, 2014).*

Pelo exposto, se coloca a ideia da *catividade marcária* como um fenômeno socioeconômico que representa a *vis attractiva* das marcas que apreende os desejos dos consumidores e adquirentes em geral, seja sedução do discurso publicitário criador de valores e necessidades. A catividade marcária representa um processo de dominação de espaços

por construção de uma afinidade calculada entre consumidores e marcas, que se relacionam na aprisionadora rede de ofertas inexoravelmente nos espaços públicos e privados de convívio social na era pós-moderna.

#### **4. Catividade Marcária como Fundamento da Responsabilidade Civil Empresarial por Risco em Prol dos Consumidores**

A responsabilidade é um atributo reativo do Estado para ação do sujeito de direito que é indesejada a luz do sistema jurídico. Sob a perspectiva civil, a conduta provocadora de um decréscimo patrimonial ou causadora da perda de um provável e legítimo acréscimo no patrimônio alheio pode ensejar o dever de recomposição ou indenização dessas situações tidas por danosas.

Entre tantas teorias que fundamentam o abraço da responsabilização civil, destaca-se, para fins do presente estudo, a teoria do risco. A escolha dessa teoria, embora fundamentada em risco com carga semântica distinta daquela trazida por Beck, justifica-se pela preocupação compartilhada da idéia de que os perigos criados por ações de uns podem atingir outros, que são sujeitos totalmente alheios a causa do dano. Ou seja, existem agentes cujas condutas provocam riscos que, se causarem danos, devem ser de responsabilidade de seus patrocinadores.

A seara da responsabilidade civil está sempre permeada pela noção de equidade. A justa recomposição ao lesado sofredor do dano pelo agente que o provocou. Ademais, a contrapartida entre ação e reação, a simetria entre ônus e bônus estão sempre a inspirar o fenômeno da responsabilização.

A responsabilidade objetiva funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano: aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*). Quem aufere os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos). (GONÇALVES, 2012, p. 29)

No Código Civil brasileiro o disciplinamento da responsabilidade civil está previsto no art. 927, associado ao arts. 186 e 187 como regra inicial. Desses dispositivos, conclui-se que a responsabilidade civil (art. 927) seria subjetiva, portanto, atrelada a idéia de culpa por negligência ou imprudência (art. 186), ou pelo abuso de direito (art. 187). Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro traz a regra da responsabilidade objetiva quando se fala em dano causado por atividade de risco, nos exatos termos do art. 927, parágrafo único, “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2015).

Portanto, não há dúvidas quanto à aplicabilidade da teoria do risco para fins de reparação dos danos causados por atividades empresariais, pois está abrangida pela idéia legal de “atividade”. A atividade empresarial é espécie do gênero “atividade” econômica. Esse dispositivo, não muito estudado abre um grande espaço de aplicação, pois amplia as possibilidades de adoção da teoria do risco no fenômeno da responsabilização, pois além dos óbvios casos em que a lei especificar o dever de indenizar pelo risco, permite a regra em comento o reconhecimento judicial de um conceito aberto de “atividade que implica, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. É o que se infere do dispositivo de forma cristalina. Segundo Vasconcelos (2003, p. 162) *“quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”* uma nova responsabilidade é possível em decorrência da inovação que trouxe o art. 927 do Código Civil de 2002 que elege aplicar a responsabilidade objetiva.

No regime anterior, as atividades perigosas eram somente aquelas assim definidas em lei especial. As que não o fossem enquadravam-se na norma geral do Código Civil, que consagrava a responsabilidade subjetiva. O referido parágrafo único do art. 927 do novo diploma, além de não revogar as leis especiais existentes, e de ressaltar as que vierem a ser promulgadas, permite que a jurisprudência considere determinadas atividades já existentes, ou que vierem a existir, como perigosas ou de risco. Essa é, sem dúvida, a principal inovação do Código Civil de 2002, no campo da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2012, p. 30)

O conceito de risco, portanto, passa a ser entendido como a exposição de perigos que devem ser combatidos pelo exercente da atividade. Na hipótese, de tais riscos, resultarem em danos efetivos a terceiro, não haveria solução mais natural que o dever de recomposição ou compensação por seu causador. Desse modo, a jurisprudência vem reconhecendo situações em que pessoas sujeitos lesados por exposição aos riscos merecem indenização pelo patrocinador da atividade. É o caso dos danos sofridos em acidentes aéreos<sup>16</sup>, atropelamentos<sup>17</sup>, e acidentes de trabalho<sup>18</sup>, por exemplo.

A determinação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, como dispositivo aberto, deve ser interpretada a luz da realidade contemporânea. Não raras vezes, a atividade econômica exercida por certo agente causa danos, mas a identificação real desse agente é dificuldade por meio de estratégias organizacionais societárias. Na prática, em

16 Cf. TJ-SC - AC: 50920 SC 1999.005092-0, Relator: Dionizio Jenczak, Data de Julgamento: 13/06/2003, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação cível n. 1999.005092-0, de Itajaí.

17 Cf. STJ - REsp: 185659 SP 1998/0060138-4, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 26/06/2000, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 18.09.2000 p. 126 RSTJ vol. 150 p. 26.

18 Cf. TST - RR: 2408220125150112, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 25/03/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/03/2015.



sua atuação de mercado os grupos ou blocos empresariais só são identificados pelas marcas que compartilham. Surge, daí, gama diversificada de tipos contratuais, que, no entanto, querem apenas co-usufruir benefícios do renome marcário, mas pretendem autonomia em termos de responsabilização, com o fim de isentar das consequências do seu mau uso, ou riscos, alguns contratantes formadores das cadeias de fornecimento.

Marques (2006, p. 92) trata a catividade como o fenômeno de indução ao consumo de bens, da publicidade massiva e métodos de marketing agressivos, tudo isso, gerando “graves e renovados riscos na vida em sociedade e de grande insegurança quanto ao futuro.”

O estudo da responsabilização civil no fenômeno marcário como instrumento regulatório empresarial avulta de importância nas relações massificadas em que a vulnerabilidade do consumidor é acentuada, especialmente face à intensa atração exercida pelas marcas. A leitura parte, agora, da idéia de proteção e valorização da dignidade humana. A defesa de Barroso (2010), onde o direito não mais se encerra na visão patrimonialista, pois a dignidade da pessoa humana como espectro axiológico do sistema e base central da ordem jurídica internacional tem como corolário o princípio da solidariedade social, extraído do art. 3º, I da CF. Danos não podem ser suportados pelos mais vulneráveis. Enquanto que, em outro norte, os fornecedores que compartilham marcas se abastecem das vantagens de suas alianças, devem também cooperar nos riscos criados. Caberia, cada vez mais, ao Direito promover a cooperação entre os indivíduos na realização dos fins da sociedade contemporânea. (HIRONAKA, 2002).

Ademais, deve-se valorizar a função social dos pactos, para isso a observação dos interesses sociais, principalmente dos não contratantes, em jogo. “Um dos principais efeitos da função social dos contratos é a consideração de interesses não contratantes em sua tutela, de maneira a perceber o contrato inserido em seu contexto social.” (KONDER, 2006, p. 274). Quando fornecedores resolvem pactuar o uso comum de marcas, eles passam a mensagem de atuação coordenada e devem por isso compartilhar a assunção dos riscos. Os consumidores, ao observarem o mesmo símbolo nas atividades, interpretam e esperam uma cooperação entre aqueles que ostentam marcas iguais.

O compartilhamento marcário permite que os fornecedores da cadeia contratual obtenham vantagens, logo há a necessidade de ponderações de ordem econômica e empresariais para distribuição de riscos. Em prol do desenvolvimento, conforme leciona Calixto Filho (2002, p. 39), “muito mais do que instrumento para o desenvolvimento a idéia de redistribuição integra o próprio conceito de desenvolvimento”. Essa divisão é proposta como derivação da exploração conjunta de determinada marca, porque permite essa redistribuição e o verdadeiro desenvolvimento o que pode ser visto como processo de expansão da segurança contra os riscos criados. Na visão de Sen (2000, p. 52), desenvolvimento é “[...] um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.”

O referido dispositivo do parágrafo único do art. 927 do Código Civil permite ao intérprete a construção de hipóteses, para além de leis especiais, de responsabilidade por risco. E, aqui, o que se pretende é demonstrar a viabilidade de adequação da catividade marcária como fundamento para o abraço deste tipo de responsabilidade em prol de uma categoria reconhecidamente vulnerável que é a dos consumidores. Como afirma Bittar (2002, p. 117).

Com a complexidade inerente às relações econômicas também é sentida na impossibilidade de ter-se uma legislação cuja amplitude semântica seja capaz de abarcar todos os comportamentos econômicos possíveis, mormente em tempos de globalização e de atipicidade das diversas formas de estabelecimento de relações contratuais.

E, sendo a responsabilidade civil um sistema de preservação patrimonial, a questão que surge é “Qual a propriedade deve ser privilegiada, a do consumidor mais vulnerável, ou a do fornecedor que se beneficia das marcas que compartilha?”. Obviamente, discute-se, aqui, poder. A responsabilidade civil pode ser instrumento de justiça social e do reequilíbrio da relação consumerista, com base na catividade marcária, reconhecendo-se um novo poder em auxílio ao consumidor lesado.

Sob a perspectiva do risco, suponha-se o problema da contratação de um plano de saúde nacional, que denominaremos, hipoteticamente, de “MED-UNION” que promete cobertura nacional aos seus usuários, que se denomina fazer parte de uma rede que ostenta a mesma logomarca. Ora, o consumidor passa identificar que todo estabelecimento de saúde, hospital, clínicas, consultórios em geral, onde há a aposição do símbolo marcário “MED-UNION”, são integrantes da mesma rede de fornecimento. Contudo, em viagem em outra localidade diferente de seu domicílio, o usuário procura um atendimento médico em entidade que ostenta a mesma marca “MED-UNION”, mas tem sua pretensão negada, por ser outra pessoa jurídica “MED-UNION São Paulo” e não conveniada à pessoa jurídica contratada pelo paciente “MED-UNION Rio”, por exemplo.

O mesmo ocorre com a aquisição de um produto de uma marca no exterior, em que, já no Brasil, o consumidor observa um defeito no produto. A escolha do produto se deu com base na marca, porém, no Brasil, a pessoa jurídica responsável pelo produto com a mesma marca alega não ter responsabilidade, inclusive, comumente se alega a existência de quadro societário diverso.

Dentro de uma rede de contratos conexos, as hipóteses são plurais, pode-se ter desde uma relação societária, até um mero contrato de licenciamento marcário. E, dentro dos padrões ordinários de interpretação do fenômeno da responsabilidade civil, a busca pela individualidade da culpa ou do agente, pode-se ter respostas bem distintas quanto ao dever ou não de indenizar. O que se defende é que, a marca foi elemento atrativo essencial, sendo decisiva manifestação volitiva do consumidor.

O famoso caso da filmadora “PANASONIC”, onde o STJ decidiu pela responsabilidade de uma pessoa jurídica brasileira quanto ao produto fabricado no exterior com a menção expressa à “respeitabilidade da marca” e a busca de equilíbrio entre o ônus das “deficiências dos produtos” e o bônus da fruição “de marcas mundialmente conhecidas”<sup>19</sup>. Da mesma forma, a primeira turma recursal cível do TJRS reconheceu o vínculo por meio da marca entre fabricante estrangeira e importadora nacional<sup>20</sup>.

Os precedentes citados demonstram que a marca pode ser o vetor de responsabilização, o que se precisa é o encontro de um espaço próprio, no ordenamento jurídico posto, para a fundamentação das decisões. Assim, nessa linha de raciocínio, a catividade marcária aliada à construção da idéia de risco é capaz de permitir a efetiva proteção do consumidor, com a conquista de sólido território de fundamentação via o próprio parágrafo único do art. 927 do Código Civil. Ademais, não se pode olvidar que, na economia global, as trocas de bens são impulsionadas sem publicidades com marcas globais, assim o campo de atuação das marcas não tem fronteiras, repercutindo em relações jurídicas para além de qualquer limitação dos territórios nacionais.

Importante, no entanto, deixar evidenciado que a catividade marcária não se limita ao cenário global de grandes empresas e marcas. Trata-se de fenômeno modular de aprisionamento das preferências dos consumidores, reproduz-se, também em espaços mais restritos, seja nacionalmente e, até, regionalmente. Dessa forma, a internacionalidade, embora fortaleça a teoria da catividade marcária, não consiste em elemento *sine qua non* para o seu reconhecimento.

Na pavimentação de uma maior proteção aos consumidores, uma abrangência semântica quanto ao risco é necessária. As teorias de Beck e Giddens, embora dedicadas com maior ênfase à preocupação de grandes riscos ou riscos civilizatórios como forma de responder as necessidades de uma nova realidade mais complexa, não deixam de reconhecer a existência de outros riscos menores. Esse parece ser o campo em que a idéia de catividade marcária pode contribuir, entre os riscos de consumo individuais. A catividade marcária está apta a fundamentar a responsabilidade civil empresarial por risco em prol dos consumidores.

## 5. Conclusões

A premissa de nosso estudo é a catividade marcária, assim, reconhece-se no símbolo marcário a capacidade de influência comportamental dos consumidores. São os signos

19 Cf. REsp 63.981/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 11/04/2000, DJ 20/11/2000, p. 296.

20 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível nº 71001234657 da 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Porto Alegre, 24 maio 2007.

marcários os sinalizadores de consumo. Nessa vertente, na tentativa de superação da consolidada vertente liberal, da marca-propriedade, tem-se que pensar na marca-risco. Nessa última perspectiva, a marca deve ser redefinida por uma construção de sua função social. Função social, portanto, repaginada à luz da sociedade atual, a sociedade de risco.

A responsabilização civil dos empresários com fundamento na catividade marcária outorga novo e importante aspecto à função social das marcas. Explorar o mercado, seduzi-lo e conquistá-lo por meio de marcas construtoras de necessidades, desejos e conceitos, implica em assumir riscos empresariais, inclusive nas diversificadas hipóteses de compartilhamento de marcas. Como visto, a respaldo legal que dê suporte ao uso da catividade marcária na hipótese de responsabilização por riscos com fulcro no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Assim, mais uma vez, a teoria da catividade marcária serve de fundamento para a responsabilização empresarial nas relações de consumo, e de outros vulneráveis, tais como trabalhadores, idosos, até as futuras gerações. A responsabilidade civil precisa rever seus conceitos tradicionais para buscar responder os desafios da sociedade pós-moderna, com suas cadeias de fornecimento em feixe e de difícil individualização de condutas.

O hegemônico sistema econômico capitalista resulta inexoravelmente nas multiplicações dos riscos. Eis a sociedade do risco de que fala Beck. Os riscos são incontroláveis e causadores de danos, desde os altos perigos criados que põe em risco a civilização, até os menores, que, embora individuais, replicam-se exponencialmente, principalmente, em grupos mais frágeis. Esses grupos possuem maior predisposição ao dano, e, pior, sua situação os coloca em desvantagem mais acentuada, ainda, quanto à capacidade de absorção do evento danoso.

Assim, no mercado, as atividades geradoras de riscos e danos, ocorrem em prol da negociação de produtos e serviços que são gravados por símbolos promotores apostos em suas embalagens, publicidades e ações em geral: as marcas. As divisões de tarefas na cadeia de desenvolvimento não são publicizadas com clareza, por isso as complexas redes de contratos instrumentalizam interesses comuns ocultos, mas que podem ser identificados pelas marcas. Por isso, aos consumidores é dificultada a compreensão da estrutura organizacional dos grupos econômicos formais e informais. Assim, a marca serve de pedra de toque para identificação dos grupos econômicos de fato, por meio do seu compartilhamento.

A catividade marcária adéqua-se como fundamentação jurídica para promover o desenvolvimento socioeconômico do mercado consumerista ao redistribuir os riscos empresariais. Ao desempenhar este papel, a teoria em questão socializa as conseqüências danosas entre os membros da cadeia de fornecimento e permite a efetividade da tutela reparatória diante da vulnerabilidade dos consumidores. A ideia esposada milita em favor de uma regulação econômica desenvolvimentista, na sociedade de risco, de forma a evitar que

estes, embora sejam sociais, recaiam, insistentemente, com maior incidência em grupos vulneráveis. Ademais, na ordem atual, proteção efetiva não pode se render as limitações geográficas, afinal, as marcas são globais.

A tentativa, aqui esboçada, é de fortalecer a fundamentação da catividade marcária para seu papel de vetor de responsabilização empresarial. Da mesma forma, insiste-se na busca de uma sociedade mais justa e solidária, por meio da efetividade de uma função social marcária, cujo escopo último continua sendo o aperfeiçoamento do sistema econômico e concorrencial quanto à tutela dos grupos vulneráveis.

## 6. Referências

- ALEXANDRE, Agripa Faria. **A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck**. Geosul, Florianópolis, v. 15, n. 30, p. 150-167, jan. 2000. ISSN 2177-5230. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/14312>>. Acesso em: 09 Jun. 2015.
- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BATEY, Mark. **O significado da marca: como as marcas ganham vida na mente dos consumidores**. Rio de Janeiro: Best Business, 2010.
- BAUMAN, Zigmunt. **Capitalismo parasitário**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2013.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- BRASIL, **Código Civil**. Disponível em: <[planalto.gov.br](http://planalto.gov.br)>. Acesso em: 05 junho 2015.
- CABRAL, André Luiz Cavalcanti. O fenômeno Publicitário: um estudo conceitual e funcional. In: PORTO, Elisabete Araújo (Org.). **Contribuições para a ciência jurídica à luz dos direitos sociais**. Rio de Janeiro: Publit, 2014. Cap. III, p. 70 - 95.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico: aplicação e eficácia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- DUPAS, Gilberto. **Ética e Poder na Sociedade da Informação**. 2 ed. São Paulo: Editora UNESP, 2001.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HIRONAKA, *Giselda* Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: USP, 2002.
- KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos. Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KOTLER, Philip. **Administração de marketing**. Trad. Mônica Rosenberg, Brasil Ramos Fernandes, Cláudia Freire. 12 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.
- LISBOA, Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**, RT, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Rt, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário**. v. 1. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NUNES, António José Avelás. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- QUESSADA, Dominique. **O poder da publicidade na sociedade consumida pelas marcas: como a globalização impõe produtos, sonhos e ilusões**. Tradução de Joana A. D. Melo. São Paulo: Futura, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. (coord) **Regulação e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTOS, Boa ventura de Souza. (org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOARES, José Tinoco. **Marca vs nome comercial: conflitos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.
- SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. Trad. Luiz Carlos de Queiroz Faria. 9 ed. Porto Alegre: Bookman, 2011.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.
- VASCONCELOS, Fernando A. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba, Editora Juruá, 2003.

VASCONCELOS, Fernando Antonio; CABRAL, André Luiz Cavalcanti. Catividade marcária como fundamento da responsabilidade civil do fornecedor por fato do serviço. In: I ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI, Barcelona, 2014. **Anais**. Barcelona: Conselho Nacional de pesquisa e pós-graduação em Direito, 2014.

# CONHECIMENTO TRADICIONAL: TENSÕES E PERSPECTIVAS

---

NILTON CESAR DA SILVA FLORES

O primeiro autor é Advogado e Professor do Curso de Direito da Universidade Federal Fluminense, além de compor o Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá do Rio de Janeiro. Já a segunda autora, além de Advogada, é Doutoranda em Direito e orientada do primeiro autor na Universidade Estácio de Sá. É também Professora no Curso de Direito da FACHA/RJ e da IBMEC, bem como Professora Substituta no Curso de Direito da UFRJ.

VERONICA LAGASSI

Advogada e Doutoranda em Direito e orientada do primeiro autor na Universidade Estácio de Sá. É também Professora no Curso de Direito da FACHA/RJ e da IBMEC, bem como Professora Substituta no Curso de Direito da UFRJ.

## Resumo

Diante da globalização tornou-se um grande desafio nacional a manutenção e proteção dos conhecimentos tradicionais e do patrimônio genético. Conhecimentos tradicionais são todos aqueles comuns e pertencentes a um povo, construídos a partir de práticas, costumes e crenças, que são transmitidos de geração em geração e cuja existência gera reflexos diretos na cultura de um país. Além disso, a sua concepção pode estar associada ao patrimônio genético do país. O que elevaria a relevância de sua proteção. Uma vez que, podem interferir não só na identidade cultural como também no desenvolvimento econômico do mesmo. Posto que, podem representar a riqueza tecnológica de uma nação ante sua utilização para fins da indústria farmacêutica, biomédica, do agronegócio, entre outros. Diante disso, a sua proteção deveria ser objeto de exaltação legal, principalmente no caso dos países em desenvolvimento. No entanto, não é bem isso o que acontece. Pata tanto, basta verificar a tímida legislação brasileira sobre a matéria. Fato que torna a sua proteção inefcaz. Posto que carente de definições e conceitos essenciais e necessários para um controle adequado de sua exploração.

É com base nisso, o surgimento da defesa de que a melhor forma encontrada para sua proteção seria por intermédio da utilização das indicações geográficas. Instituto da Propriedade Industrial, que por ter reconhecimento internacional, iria garantir a adequada proteção ao conhecimento tradicional brasileiro.



## Palavras-chave

Conhecimentos tradicionais; Proteção e indicações geográficas.

## Resumen

Por fuerza de la globalización se ha convertido en un importante desafío nacional el mantenimiento y la protección de los conocimientos tradicionales y los recursos genéticos. Los conocimientos tradicionales son todos aquellos común y de pertenencia a una nación, construido a partir de las prácticas, costumbres y creencias, que se transmiten de generación en generación y cuya existencia genera un impacto directo en la cultura de un país. Además, su concepción puede estar asociada con el patrimonio genético del país. Lo que eleva la importancia de su protección. Puesto que pueden interferir no sólo en la identidad cultural, así como el desarrollo económico de la misma. Dado que, puede representar la riqueza tecnológica de una nación en contra de su uso para fines de la industria farmacéutica, biomédica, la agroindustria, entre otros. Por lo tanto, su protección debe ser objeto de una exaltación legal, especialmente en el caso de los países en desarrollo. Sin embargo, no es exactamente lo que sucede. Por lo tanto, basta simplemente analizar la legislación brasileña al respecto. Hecho que hace que su protección sea ineficaz. Aunque carece de definiciones y conceptos esenciales y necesarios para el control adecuado de su explotación.

Es sobre esta base, la aparición de la defensa que la mejor manera encontrada por su protección, que es por medio de la utilización de las indicaciones geográficas. Instituto de la Propiedad Industrial, que tiene reconocimiento internacional, se garantizaría una protección adecuada a los conocimientos tradicionales del Brasil.

## Palabras clave

Conocimientos tradicionales; Protección y indicaciones geográficas.

## 1. Introdução

Os Conhecimentos Tradicionais seriam todos aqueles que são fruto da experiência humana em uma dada região, sendo transmitidos verbalmente, de geração a geração, interferindo diretamente nos costumes e crenças de um povo. Esses conhecimentos podem ser materiais ou não, mas estão sempre vinculados a cultura ou aos costumes de um determinado lugar. E, por serem fruto do experimento humano, diferem-se do conhecimento científico, pelo fato deste último ter sido objeto de pesquisa e da adoção de um método para sua obtenção.

Assim, o conhecimento tradicional não goza de observância ou respeito a qualquer critério científico apesar de normalmente fazer uso do procedimento empírico (experimentação).

Porém, ainda que o conhecimento tradicional não possa ser classificado como objeto do intelecto, a sua importância impede que ele seja dissociado do âmbito de sua proteção como instituto “sui generis” da propriedade intelectual. Isso porque os conhecimentos tradicionais possuem uma natureza jurídica híbrida, tendo em vista que são ao mesmo tempo direitos de propriedade intelectual e indubitavelmente direitos humanos culturais. Neste último caso, pelo fato de poder representar a identidade cultural de um povo. Diante disso, é essencial pensar-se formas para sua proteção e foi isso que a Lei nº 13123/2015 tentou fazer, porém sem muito êxito.

E, é justamente sob a ótica de sua proteção que apresentaremos as falhas da lei supracitada, bem como ao final sugerimos como meio para sua proteção a utilização da indicação geográfica.

Este é o cerne do presente trabalho, que traz como metodologia a pesquisa feita em fontes legais, jurisprudenciais e bibliográficas.

## 2. Os Conhecimentos Tradicionais e suas Tensões

Os Conhecimentos Tradicionais seriam todos aqueles que são fruto da experiência humana em uma dada região, sendo transmitidos verbalmente, de geração em geração, interferindo diretamente nos costumes e crenças de um povo. Podem ser materiais ou espirituais. E por serem fruto do experimento humano diferem-se do conhecimento científico, pelo fato deste último ter sido objeto de pesquisa e da adoção de um método para sua obtenção.

Assim, o conhecimento tradicional não goza de observância ou respeito a qualquer critério científico apesar de normalmente fazer uso do procedimento empírico (experimentação). Mas, ainda que não possa ser classificado como objeto do intelecto, a sua importância impede que ele seja dissociado do âmbito de proteção como instituto “sui generis” da propriedade intelectual.

Foi justamente por esta razão, que a sua relevância terminou por ser até bem pouco tempo ignorada. Especialmente, quando estamos nos referindo ao conhecimento tradicional pertencente aos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento. Pois, nesses, os conhecimentos tradicionais normalmente são ignorados até o momento em que seus povos perdem sua posse e domínio. E isso, simplesmente acontece porque para seu detentor o conhecimento tradicional é algo tão trivial e indissociável de sua cultura, que o torna presa fácil a terceiro mal intencionado na sua exploração.

Pois, conforme bem observam Simone Nunes Ferreira e Adriana Nogueira Rocha Clementino:

Nos últimos anos, o reconhecimento da importância desses conhecimentos e a discussão sobre formas de proteção aplicáveis têm permeado

diferentes foros internacionais, tais como a Organização Mundial de Propriedade Intelectual, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos e a Convenção sobre Diversidade Biológica. Esses foros demonstram que o tema pode ser examinado em diferentes dimensões: a dimensão do direito privado reconhecido pelo Estado (propriedade intelectual), a dimensão do direito público protegido pelo Estado (direitos humanos) e a dimensão ambiental (acesso a conhecimento tradicional associado a recursos genéticos)<sup>1</sup>

Essa situação de ignorância a respeito dos conhecimentos tradicionais é bastante factível e pode ser ainda mais gravosa, quando esse conhecimento está atrelado ao patrimônio genético do país que originariamente o possuiu. Posto que, não são incomuns os casos em que o objeto de concessão de patente foi fruto do aprimoramento ou transformação do conhecimento tradicional em conhecimento científico, realizado por terceiro. Este último, normalmente, um país desenvolvido.

E muito embora, pudéssemos sustentar a invalidade da supracitada concessão com base na ausência da “novidade”, pelo fato de se tratar de requisito indispensável para a concessão de uma patente. O fato é que isso dificilmente ocorre. Inicialmente, porque o país lesado é quase sempre aquele que está em vias de desenvolvimento. Aonde este tipo de conhecimento não é normalmente valorizado e não há meios legais estabelecidos para a sua proteção.

De modo que, essa ausência de valorização terá por sucedâneo a escassez de uma legislação efetiva para a proteção e controle da exploração dos conhecimentos tradicionais. Inclusive, podemos incluir o Brasil nessa situação.

Os conhecimentos tradicionais podem contribuir em muito dos casos para individualizar e até mesmo formar uma determinada identidade cultural regional.

Neste sentido, há quem defenda uma tênue distinção entre os conhecimentos tradicionais e os indígenas, cujo marco divisório seria a identidade de seus proprietários. Aonde, os primeiros teriam um acervo não escrito e respeitável no tempo de costumes, crenças, rituais e práticas legadas por seus ancestrais. Ao passo que, no caso dos proprietários dos conhecimentos indígenas não existe necessariamente uma reivindicação de ocupação territorial anterior ao seu *habitat* atual. O que conforme explicam Pierina German Castelli e John Wilkinson<sup>2</sup>:

1 FERREIRA, SIMONE NUNES. CLEMENTINO, ADRIANA NOGUEIRA ROCHA. Artigo: Proteção dos Direitos Tradicionais Associados à Biodiversidade. **Revista Jurídica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_81/artigos/Simone\\_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm), retirado no dia 24.04.2015.

2 CASTELLI, Pierina German. WILKINSON, John. **Conhecimento Tradicional, inovação e direitos de proteção**. (UFRRJ). P. 94. Disponível em: <http://r1.ufrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/221>, retirado em: 09.04.2015.

...o conhecimento indígena é um subconjunto do conhecimento tradicional, com a única diferença de que os possuidores são populações indígenas em lugar de comunidades “não-indígenas” que incorporam estilos de vida tradicionais. Assim, a distinção não implica que o conhecimento indígena e o conhecimento tradicional são diferentes em si, mas aponta para o fato de que os proprietários do conhecimento indígena têm reivindicações políticas mais amplas que os proprietários dos conhecimentos tradicionais.

No entanto, esta subdivisão nos é irrelevante para compreensão e estudo dos conhecimentos tradicionais como gênero do qual o conhecimento indígena seria espécie. Até porque, no caso do Brasil, país de grande miscigenação e de inegável composição cultural indígena, esta subdivisão torna-se irrelevante. O que faz com que a maior parte do conhecimento tradicional vinculado ao índio constitua patrimônio cultural do povo brasileiro. Não custa nada lembrar, que o índio foi o primeiro habitante de nosso país. E, além disso, trata-se de um dos maiores detentores de conhecimento tradicional, ante seu contato direto com a natureza. É ele quem, normalmente, domina o conhecimento tanto na fauna quanto na flora de práticas medicinais e de cujo uso teria por fim o de curar doenças conhecidas por sua tribo.

Ademais, independentemente de sua subdivisão os conhecimentos tradicionais terão por características: a de enriquecerem-se a cada geração; serem adquiridos e comprovados empiricamente; relacionam-se ao território, ao uso de seus recursos naturais, inclusive genético e ao meio ambiente; podem ser expressos em uma dada comunidade na forma pela qual manejam a terra ou a agricultura, se organizam socialmente, praticam a espiritualidade, a medicina tradicional e as relações entre animal e vegetal.

Tais características farão com que eles reflitam-se na cultura, religião, educação, saúde e o estado do meio ambiente. Daí a sua importância, tendo em vista que em última análise podem servir como forma de identificação de um povo.

Neste sentido, Stuart Hall<sup>3</sup> vai defender que:

As culturas nacionais são uma forma distintivamente moderna. A lealdade e a identificação que, numa era pré-moderna ou em sociedades mais tradicionais, eram dadas à tribo, ao povo, à religião e à região, foram transferidas, gradualmente, nas sociedades ocidentais, à cultura nacional.

Assim, sob a ótica do que Hall defende os conhecimentos tradicionais serão imprescindíveis à formação e manutenção da identidade cultural na pós-modernidade.

3 HALL, Stuart. (tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro). **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11ª edição. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011. P. 49.

Além disso, será a existência das características acima elencadas para os conhecimentos tradicionais que irá legitimar a doutrina a estabelecer um elo entre a proteção dos conhecimentos tradicionais e o reconhecimento às comunidades mais diversas sobre “seu conhecimento tradicional”. O que propiciaria o poder de inibição ou controle sobre seu uso ou divulgação, bem como iria garantir benefícios para seguir investigando e possibilitaria o fortalecimento e crescimento econômico de seu detentor como comunidade.

Todavia, conforme observam Pierina German Castelli e John Wilkinson<sup>4</sup>:

Os avanços da biotecnologia transformam a biodiversidade mundial num vasto gene pool, cujos recursos genéticos se tornam insumos estratégicos para o desenvolvimento de novos produtos e processos e permeiam grandes setores industriais (energia, fármacos, alimentos, cosméticos). Esta riqueza potencial se localiza, sobretudo, nos países em desenvolvimento, cujos centros de diversidade biológica ainda resistem aos avanços da Revolução Verde. O acesso a esses recursos, fonte de grande tensão entre países e diferentes atores sociais, coloca as grandes empresas e negociadores dos organismos internacionais diretamente em contato com comunidades tradicionais e indígenas, provocando uma discussão sobre direitos que dificilmente se enquadra nas legislações vigentes.

Isso porque, os conhecimentos tradicionais correspondem à bem intangível, advindo da experimentação praticada por povo de uma determinada região. Eles estão diretamente correlacionados ao Direito de Propriedade Intelectual. Porém, com esta última inicialmente não se coadunam. Justamente, pelo fato de não serem fruto da tecnologia e sim, da experiência transmitida de geração em geração. O que torna sua natureza jurídica *sui generis*, tendo em vista não serem concebidos pelo intelecto ao contrário do que ocorre com o conhecimento científico.

Contudo, esta natureza jurídica *sui generis* em nada irá diminuir a sua importância e conseqüentemente, a necessidade de sua proteção. Nesse sentido, Stephen B. Brush<sup>5</sup> vai defender a essencialidade da biodiversidade, dos recursos genéticos e do conhecimento tradicional no bem-estar de uma população e suas gerações, tornando-se importante esse conhecimento, tanto para os esforços dirigidos à sua conservação quanto para identificar componentes ou genes úteis.

4 CASTELLI, Pierina German. WILKINSON, John. **Conhecimento Tradicional, inovação e direitos de proteção**. (UFRRJ). P. 89. Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/221>, retirado em: 09.04.2015.

5 BRUSH, Stephen B. **Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights?** In: Valuing Local Knowledge: Indigenous People and Intellectual Property Rights. Edited by Stephen B. Brush e Doreen Stabinsky, 1996;

E é justamente com base em sua importância e na proteção de uma dada identidade regional, que o conhecimento tradicional foi objeto de preocupação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual, conforme destacam Ferreira e Clementino:

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI estabeleceu o Comitê Intergovernamental sobre Propriedade Intelectual e Recursos Genéticos, Conhecimentos Tradicionais e Folclore (IGC - sigla em inglês), por intermédio de sua Assembléia Geral, realizada em outubro de 2000, como um fórum internacional para o debate e diálogo sobre as interfaces entre propriedade intelectual, conhecimento tradicional, recursos genéticos e expressões culturais tradicionais (folclore)(2). O IGC tem procurado determinar os elementos relativos a um sistema sui generis de proteção dos Conhecimentos Tradicionais Associados desde 2001<sup>6</sup>.

Com objetivo semelhante o conhecimento tradicional estará previsto na Lei Brasileira através do artigo 45, inciso II, 2ª parte, da Lei nº 9610/98 (Lei do Direito Autoral) como bem pertencente ao domínio público. Ou seja, trata-se de bem de propriedade da população brasileira posto que contribui à manutenção de sua identidade cultural.

Essa propriedade garante-nos o direito de usar, gozar e dispor deste bem, que é o conhecimento. Além de reavê-lo de quem quer que o possua ou o detenha injustamente.

Insta observar, que o direito de propriedade está regulado e protegido por leis infraconstitucionais. Muito embora, a Constituição Federal Brasileira de 1988 também o mencione em seu art. 5º, inciso XXII. Além disso, por tratar-se de bem cuja natureza jurídica está atrelada ao Direito à Propriedade Intelectual, teremos também a observância de Acordos e Tratados Internacionais que o mencionem.

Neste aspecto, a Comissão sobre Propriedade Intelectual e Industrial defende ser benéfica a atribuição da propriedade dos conhecimentos tradicionais a um país. Uma vez que, ela irá acarretar na redução de uma injustiça que se percebe mundialmente com a globalização disseminando tais conhecimentos. Além disso, também trará maior reconhecimento do valor econômico tradicional e respeito por quem o há reservado. Bem como, a melhora na qualidade de vida e grau de desenvolvimento.

Em consonância com o acima dito, também está a Convenção da Biodiversidade da Organização das Nações Unidas da qual o Brasil é signatário e que foi internalizada no ordenamento pátrio através do Decreto nº 2519/98.

6 FERREIRA, SIMONE NUNES. CLEMENTINO, ADRIANA NOGUEIRA ROCHA. Artigo: Proteção dos Direitos Tradicionais Associados à Biodiversidade. **Revista Jurídica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_81/artigos/Simone\\_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm), retirado no dia 24.04.2015.

Diante destes benefícios, inúmeras razões podem ser arguidas para sua proteção. Dentre as quais, a primeira advém do fato de que a sua perda, gera também a perda de nossas identidades, culturas e tradições, além da expropriação de recursos naturais. Não foi a toa que a Constituição Federal Brasileira determinou sua proteção à luz do que dispõem os artigos 215 e 216, além do inciso II, do artigo 225 deste diploma legal.

Cumpra ressaltar, que esse risco não é de forma alguma remoto. Para tanto, basta verificarmos alguns casos concretos em que a indústria farmacêutica vem espoliando os conhecimentos tradicionais, a saber:

O primeiro dos casos, diz respeito ao conhecimento tradicional indígena da toxina dos sapos. Habitualmente utilizado pelos índios para fins medicinais e também em suas flechas para fins de caça, o veneno de algumas espécies de sapos<sup>78</sup> possui efeito analgésico e vem sendo estudado para fins de exploração por laboratórios farmacêuticos.

Um exemplo disso foi o caso da rã *Epipedobates tricolor*. Cujo veneno tradicionalmente utilizado como analgésico pelos povos indígenas da Amazônia, foi patenteado pelo laboratório norte-americano Abbot. Para isso, foi feita a retirada ilegal de 750 rãs desta espécie por seus cientistas. O que ocorreu sem qualquer permissão necessária, concedida por qualquer um dos países que a floresta Amazônica permeia.

Além deste caso, tivemos ainda a espoliação de outros vegetais como foi o caso urucum, da andiroba, etc., cuja utilização também advém de conhecimentos tradicionais de nossos índios.

Diante dos casos acima narrados, no ano de 2001, o Brasil editou a Medida Provisória nº 2186. Seu objetivo era de regular o inciso II, do § 1º e o § 4º, do artigo 225 da Constituição Federal. Essa medida foi recentemente revogada pela Lei nº 13123, de 20 de maio de 2015.

No entanto, podemos dizer, que ambas as regulações têm por objeto o acesso ao conhecimento tradicional associado à repartição de benefícios e ao acesso à tecnologia. Bem como, vislumbram também a sua transferência para conservação e utilização.

Mas, apesar disso, algumas questões devem ser ressaltadas no que tange a esta nova lei. A primeira delas corresponde ao fato de que assim como sua antecessora, a Medida Provisória nº 2186/2001, a Lei nº 13123/2015 busca regulamentar o artigo 225, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal. Além disso, buscou estar em consonância ao Decreto nº 2519/1998 que conforme dito anteriormente internalizou a Convenção sobre a Diversidade Biológica.

7 **Bichos do Brasil**. Disponível em: <http://www.bichosbrasil.com.br/sapogarimpeiro/>, retirado em 25.05.2015.

8 **Sapo Garimpeiro**. Disponível em: [http://www.upiranga.com/zoologico/sapo\\_garimpeiro.htm](http://www.upiranga.com/zoologico/sapo_garimpeiro.htm), retirado em 25.05.2015.

Outra questão de grande relevância a ser destacada na nova lei foi a manutenção da competência exclusiva da União para gerir, controlar e fiscalizar as atividades de acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado, nos termos do artigo 3º e seu § único. E para tanto, a lei determina a necessidade de realização de cadastro, autorização ou notificação, além da fiscalização da atividade de acesso.

O artigo 6º mantém o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGen) outrora previsto na Medida Provisória nº 2186/2001. Trata-se de órgão colegiado e subordinado ao Ministério do Meio Ambiente. O que nos parece inadequado, já que a preocupação com a proteção não deveria apenas se limitar ao patrimônio genético como também ao conhecimento tradicional individualmente.

Assim, pode acontecer de a existência de um conhecimento tradicional não estar atrelada ao patrimônio genético. Como consequência ele estará à margem do alcance e controle do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. Esta interpretação do artigo 6º nos parece ratificada ante ao que dispõe o artigo 8º, caput, da Lei nº 13123/2015, que passamos a transcrever:

Art. 8º Ficam protegidos por esta Lei os conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita. (grifo nosso)

Além disso, os parágrafos do supracitado artigo preveem também que o patrimônio cultural brasileiro “poderá ser” depositado em um banco de dados, apenas dependendo de disposição legal específica ou de sua criação pelo Conselho de Gestão do Patrimônio Genético. O que faz com que esta lei já nasça com sua efetividade um tanto quanto prejudicada.

No entanto, o pior ainda estaria por vir disposto no § 3º do mesmo artigo ora em comento. Isso porque, este dispositivo legal permite o livre acesso ao patrimônio genético de variedade tradicional local ou crioula ou à raça localmente adaptada, compreendendo inclusive o acesso ao conhecimento tradicional associado não identificável que deu origem à variedade ou a raça. Ora, tal disposição vai de encontro e colide diretamente com aquilo que se pretende proteger.

Ao que parece o legislador pátrio esqueceu-se do objetivo precípua para criação da Lei nº 13123/2015, que era a proteção não só do patrimônio genético como também do conhecimento tradicional de seu povo. A afirmação torna-se nítida no momento em que a lei estabelece a competência e o dever de controle e fiscalização. Mas, sem, contudo, prever uma forma para sua publicização e oposição *erga omnes*.



Inclusive, conforme informam Ferreira e Clementino<sup>9</sup> foi nesse sentido que os membros da Organização Mundial da Propriedade Intelectual afirmaram que o Brasil não possui um sistema *sui generis* de proteção dos conhecimentos tradicionais. Além disso, eles elencaram algumas questões que a Medida Provisória nº 2186/2001 não elucidava ou quando fazia lhe faltava clareza e que em sua grande maioria ainda persistem em aberto na atual Lei em vigor. São elas<sup>10</sup>:

- Proteção contra a apropriação indevida: Quais são os direitos?
- Alcance da matéria protegida: Que matéria deve ser protegida?
- Critérios em que se baseia a proteção: Que critérios deve reunir a matéria como condição de proteção?
- Duração da proteção: Quando se perdem ou como caducam os direitos?
- Consentimento prévio fundamentado: Como se aplica o princípio do consentimento prévio fundamentado?
- Repartição justa e equitativa dos benefícios: Como devem ser distribuídos os benefícios?
- Beneficiários da proteção: Quem deve se beneficiar da proteção?
- Aquisição dos direitos e formalidades: Como se adquirem os direitos?
- Administração e observância: Como se administram os direitos e como se vela pelo seu cumprimento?

Outra questão importante e digna de ponderação foi a de que a redação do artigo 2º da Lei nº 13123/2015 substituiu o termo “comunidade local” para comunidade tradicional e a definiu da seguinte forma:

VI- Comunidade Tradicional - grupo culturalmente diferenciado que se reconhece como tal, possui forma própria de organização social e ocupa e usa territórios e recursos naturais como condição para a sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas geradas e transmitidas pela tradição;

Tal fato acabou com a dubiedade que existia na Medida Provisória nº 2186/2001 e trouxe em seu bojo o que “de fato” seria, pura e simplesmente, o conhecimento tradicional. E que neste diapasão, corresponderia aos “conhecimentos, inovações e práticas geradas e

9 FERREIRA, SIMONE NUNES. CLEMENTINO, ADRIANA NOGUEIRA ROCHA. Artigo: Proteção dos Direitos Tradicionais Associados à Biodiversidade. **Revista Jurídica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_81/artigos/Simone\\_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm), retirado no dia 24.04.2015.

10 Idem citação anterior.

transmitidas pela tradição”. Mas, que o legislador pátrio entendeu por bem ignorar e não proteger caso não esteja atrelado ao patrimônio genético.

Ainda neste aspecto, não podemos esquecer que tanto na Medida Provisória ora revogada quanto na Lei nº 13.123/2015, existe a previsão de que a concessão de um direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético somente poderá ocorrer caso o requerente informe a origem do material genético e do conhecimento tradicional. Além disso, a lei atual vai ainda mais além ao exigir a apresentação de um termo de autorização do detentor deste conhecimento tradicional associado.

No entanto, entendemos que na prática esta exigência é um tanto quanto falha, tendo em vista que sequer possuímos catalogados os conhecimentos tradicionais e o patrimônio genético. Portanto, como opô-los a terceiros? E mais, como tornar esta oposição erga omnes internacionalmente? Enquanto a Lei Pátria não responder a este tipo de questionamento permanecerá falha e carente de efetividade. E desta forma, permanecemos com o risco de registro de novas patentes, feitas no exterior e cujo objeto seja um conhecimento tradicional brasileiro, agregado ou não a material genético de origem e possivelmente exclusividade nacional.

Para Sandra Akemi Shimada Kishi<sup>11</sup>:

Os conhecimentos dessas populações tradicionais são reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 como patrimônio cultural brasileiro, bens de natureza imaterial ou material, tomados individualmente ou em conjunto. Integram a categoria de bens de interesse público, porque o artigo 129, V da CF/88 atribui ao Ministério Público a defesa judicial dos direitos e interesses das populações indígenas, e coletivo lato sensu ou difuso, porquanto o elenco do inciso III desse comando do artigo 129 não é exaustivo, é exemplificativo. Por isso, ainda que apenas um indivíduo da comunidade tradicional detenha o conhecimento associado à biodiversidade, este sempre detém natureza coletiva.

A supracitada autora criticava que a natureza coletiva do conhecimento tradicional não era clara na Medida Provisória ora revogada pela Lei nº 13123/2015. Problema que foi surpreendentemente sanado por esta última lei.

Assim como na Medida Provisória a Lei nº 13123/2015 prevê a fiscalização, interceptação e a apreensão de amostra de componente do patrimônio genético ou de produto obtido a partir de informação sobre conhecimento tradicional associado, bem como a previsão de recebimento pela União da parcela dos lucros e dos royalties frutos da

11 KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Conhecimento Tradicional**. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-print.php?page=Conhecimento%20tradicional>, retirado em 14.04.2015.

exploração econômica destes conhecimentos ou do patrimônio genético. No entanto, não temos um órgão responsável pelo registro e acervo dos conhecimentos tradicionais e do patrimônio genético brasileiro. A lei apenas se atém em dizer que o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético poderia criar um banco para tal fim.

Além disso, em consonância com a Lei nº 13123/2015 o decreto de nº 5459/2005 estabelece que o procedimento de fiscalização acima citado será feito pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA- e pelo Comando da Marinha, do Ministério da Defesa. O que, a nosso ver, gera óbice à sua proteção no âmbito internacional principalmente porque o porte e remessa do conhecimento tradicional e do patrimônio genético para o exterior podem ocorrer pelas vias aéreas e terrestre. Logo, dispor que a competência seja apenas destes dois órgãos nos parece temerário, ainda que passível de delegação.

Pois, muito embora tenhamos no âmbito internacional a previsão para sua proteção através da Convenção da Biodiversidade<sup>12</sup>, ela deixa ao crivo dos governos nacionais o estabelecimento da regulação para sua proteção, nos termos do artigo 15, 1, deste Acordo.

Neste sentido, perdemos a chance de blindarmos a proteção às nossas espécies nativas quando instituímos a Lei de Proteção aos cultivares (Lei de nº 9456/97), tendo em vista que essa Lei teve por objeto tão-somente a proteção a melhoria ou aperfeiçoamento de material genético vegetal, mas deixou sem proteção o próprio material em si.

Assim, apesar de sua importância para toda uma nação os conhecimentos tradicionais brasileiros estão hoje sob regulação cuja a proteção é exígua. Portanto, temos a necessidade de criação de novos meios para sua proteção.

Conforme dito antes, existem inúmeras razões para a proteção dos conhecimentos tradicionais. A primeira razão, como vimos, é a de que sua perda vai também acarretar na perda de nossa identidade, de nossa cultura. Ao passo que, a segunda razão para proteção dos conhecimentos tradicionais vai decorrer do risco iminente de perda da diversidade cultural pela imposição de padrões culturais homogêneos. O que geraria como consequência à ausência de identidade cultural de um povo, ou ao menos o seu prejuízo.

Já a terceira razão para sua proteção decorre da violação paulatina que este instituto vem sofrendo através do aproveitamento individual de pessoas ambiciosas ou com interesses lucrativos. O que é demasiadamente comum e até mesmo impulsionado em uma sociedade em rede, tal como vivemos agora. A globalização não apenas transpôs fronteiras como também tornou possível o conhecimento de outras culturas à uma incomensurável distância. Fato que também torna propícia a espoliação deste tipo de conhecimento.

---

12 E que nada mais é que um tratado da Organização das Nações Unidas (ONU).

Neste último aspecto, Catherine Castro<sup>13</sup> vai defender que:

As tentativas de proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais dos Povos Indígenas, no cenário internacional, não decorrem das próprias necessidades fundamentais desses sujeitos coletivos sob a premissa de que no âmbito dos fóruns internacionais multilaterais as tentativas de proteção foram formatadas pelo desejo ocidental de enquadrar os sistemas sociais e culturais dos povos indígenas no direito de propriedade intelectual e dos benefícios financeiros daí advindos.

E o efeito prático disso, é que não temos os conhecimentos tradicionais erigidos por sua importância sociocultural e sim, pelos benefícios financeiros que eles podem acarretar. E o pior, é que apesar disso conforme vimos a sua proteção é exígua na legislação pátria, principalmente no que tange a impossibilitar o seu patenteamento no exterior.

Assim, conforme defendido por Pierina German Castelli e John Wilkinson<sup>14</sup>:

A produção do conhecimento nas comunidades indígenas não pode mais ser vista segundo o eixo “tradicional-moderno”, mas deve ser entendida como um tipo de atividade de inovação coletiva que envolve um alto grau de conhecimento não-codificável, uma característica que a literatura de inovação mostra poder igualmente estar presente nas atividades de alta tecnologia, como no caso de *Silicon Valley*.

Trata-se de uma mistura específica de processos codificáveis/não-codificáveis e coletivos/individuais que exigem a elaboração equitativamente de todos os atores envolvidos no processo e que deve ser reconhecida no plano internacional em equivalência com outros regimes, sejam eles patentes, direitos autorais ou proteção de informação confidencial.

No entanto, não acreditamos em tal equivalência defendida pelos supracitados autores. Pois, conforme eles escrevem<sup>15</sup>:

Embora vários países em desenvolvimento tenham solicitado à Organização Mundial do Comércio (OMC) para que ela comissione estudos com vistas a identificar mecanismos de propriedade intelectual que promovam a proteção do conhecimento tradicional em nível global. Um dos maiores riscos nas negociações ora em curso entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento na questão da exploração da biodiversidade é o de que não sejam respeitadas as comunidades tradicionais.

13 CASTRO, Catherine Vasconcelos de. **A Proteção do Conhecimento Tradicional dos Povos Indígenas sob a Concepção do Pluralismo Jurídico** (dissertação). Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

14 CASTELLI, Pierina German. WILKINSON, John. **Conhecimento Tradicional, inovação e direitos de proteção**. (UFRRJ). Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/221>, retirado em: 09.04.2015.

15 Idem 10. P 92.

Desta forma, acreditamos sim, que a solução legal para sua proteção advém da conjugação com um instituto de propriedade industrial por nosso país já regulado e por todos os demais amplamente respeitados. Tratam-se das indicações geográficas. Instituto esse, que preconiza a identificação de um bem, produto ou serviço, em virtude de seu local de origem.

Em artigo recentemente publicado foi explicado que:

por indicações geográficas denominam-se o instituto da Propriedade Industrial que protege e valoriza bem ou serviço de determinado país, local ou região, tornando-o ímpar em relação aos demais e agregando-lhe maior valor econômico<sup>16</sup>.

Esta individualização proporcionada pelas indicações geográficas pode ocorrer sob duas óticas distintas. Na primeira delas, as características do país ou lugar influenciam diretamente sob o bem ou serviço. Ao passo que na segunda, o país ou lugar tem apenas por função a de identifica-lo. Entretanto, tanto em uma como na outra o fator humano não pode jamais ser ignorado, em virtude de ser o efetivo responsável pela extração ou produção do bem ou ainda, pela prestação do serviço que será único e distinguível em relação aos demais de mesmo gênero.

Assim, as indicações geográficas podem ser classificadas como denominação de origem e indicação de procedência, dependendo de uma das óticas acima e sob a qual se adequa o bem ou serviço ao lugar com o qual deverá ser identificado.

No Brasil, a doutrina pouco se atém ao estudo deste instituto. Basicamente, os livros e manuais resumem-se a transcrever as definições que lhes são dadas pela Lei nº 9279/96. Desta forma, nos termos do artigo 177, da Lei nº 9279/96, por indicação de procedência é considerado “*o nome geográfico de país, cidade região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço*”. E nos termos do artigo seguinte, por denominação de origem é considerado “*o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva e essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos*”.

Conforme podemos perceber, a distinção tênue entre uma e outra classificação da indicação geográfica é a interferência do meio geográfico como um dos fatores determinantes da qualidade ou característica do bem ou serviço a ser designado.

---

16 LAGASSI, Verónica. **Ensaio de uma Tese: A Certificação Geográfica para o Cultivo de Alimento Orgânico**. (XXIII CONPEDI) Disponível em: [www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=210](http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=210)

Desta forma, entendemos ser viável e possível o estabelecimento de correlação entre um dado patrimônio genético com o seu local de origem e assim, possibilitar a sua proteção por intermédio das indicações geográficas. Neste caso, mais precisamente pelas denominações de origem.

Isso porque, o patrimônio genético corresponde a um bem nativo daquele local. Logo, sua existência e surgimento atribuem-se as qualidades da região. Ao passo que, os conhecimentos tradicionais devem ser protegidos pelo instituto das indicações de procedência pelo fato de não dependerem necessariamente das qualidades do local, mas sim dos conhecimentos de sua população. O que torna viável e juridicamente possível a proteção desses dois institutos através das indicações geográficas e, além disso, facilitaria o trabalho de apreciação do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) no pedido de concessão de novas patentes ante a possibilidade de detecção mais célere de patentes que fizessem uso destes institutos indevidamente.

Assim, ao reconhecer-se qualquer um destes dois institutos sob o qual se subdivide as indicações geográficas, como meio de proteção ao patrimônio genético e aos conhecimentos tradicionais. Estaríamos, sem dúvida alguma, evitando novas situações de espoliações ao patrimônio nacional. Tal como, lamentavelmente, ocorreu nos casos do vegetal andiroba, do urucum, da rã tricolor e tantos outros casos de apropriação pelos países estrangeiros de patrimônio genético e conhecimento tradicional. Pelo fato de a indicação geográfica tratar-se de um instituto da Propriedade Intelectual internacionalmente reconhecido e respeitado, em virtude do *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS)<sup>17</sup>.

E caso fosse adotado este caminho, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) já seria o próprio agente catalogador e cadastrador dos conhecimentos tradicionais e do patrimônio genético, sendo desnecessária a criação do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético e propiciando a simplificação do próprio INPI quando da análise de uma patente que envolva o patrimônio genético ou ainda, o conhecimento tradicional a ele associado. Muito embora, tal desburocratização seja apenas um dos pontos a serem questionados conforme demonstrado ao longo deste trabalho.

### 3. Conclusões

Em uma comunidade mundial aonde o conhecimento cultural, de idioma e local, entre tantos outros, perpassam por um click no mouse do computador, tablet ou celular. O que pode ser feito por qualquer pessoa e em qualquer lugar. Tornou-se necessária a

---

<sup>17</sup> Trata-se de *Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio*.

criação e imposição de novas formas barreira, tidas como fronteira delimitadora da soberania nacional. E cujo fim precípua seria tão-somente a manutenção da identidade e patrimônio cultural de um povo.

Conforme vimos, o Brasil lamentavelmente apenas preocupou-se com seu patrimônio genético. Pois, o conhecimento tradicional para ter proteção legal com base nas leis nacionais deve estar associado ao patrimônio genético. O que torna a lei inadequada, já que nada a existência de um tradicional que esteja dissociado do patrimônio genético nacional. E apesar disso, a lei nº 13123/2015 assim como a sua antecessora não previu qualquer tipo de proteção por menor que fosse.

Além do ponto abordado, inúmeros foram os equívocos e lacunas legais existentes na legislação pátria e abordados neste trabalho. Possivelmente, o mais incisivo é sem dúvida alguma a delimitação clara do que por meio da Lei nº 13123/2015 se quer proteger.

Não foi à toa que a OMPI já havia demonstrado inúmeros questionamentos a esse respeito, mas que foram ignorados ao analisar-se o texto da lei. Permanecemos sem proteção para o conhecimento tradicional. E, apesar de termos proteção para o caso de sua associação ao patrimônio genético, na prática, a mesma demonstra-se falha. Ante a impossibilidade brasileira de definição do que são considerados conhecimentos tradicionais brasileiros.

Assim, urge a necessidade do estabelecimento viável de algum meio de proteção que defendemos ser possível por intermédio das indicações geográficas. Instituto pertencente ao campo da propriedade industrial que parece ser o mais adequado no que tange a proteção destes dois bens e patrimônios nacionais, das tentativas de espoliações feitas pelos demais países.

Isso porque, conforme vimos, apesar de erigidos a preceitos de cunho constitucional os conhecimentos tradicionais e o patrimônio genético nacional carecem de proteção legal. Muito embora, possuam a Convenção da Diversidade Biológica da ONU e a Lei nº 13123/2015, cujo fim seria o de sua regulação e proteção. Mas que, conforme demonstramos são ineficazes na obtenção desse fim a que se destinam.

Desta forma, o conhecimento tradicional acompanhado ou não do patrimônio genético é propriedade ainda que imaterial de uma localidade e conseqüentemente, pertencente a um país.

Como propriedade esse tipo de conhecimento pode ser turbado e até mesmo espoliado, tal como foi o caso da andiroba, do veneno da rá tricolor, entre outros conhecimentos tradicionais que talvez nem tenhamos ciência de sua espoliação ante ao vasto território que representa a floresta Amazônica.

Com base nisso, não nos basta uma previsão constitucional efetivada por uma Lei Nacional que apenas preveja a fiscalização e a possibilidade de autorização para exploração

do conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético. Se, na prática, esse sistema tem tudo para não funcionar. A começar pela previsão de pagamento de royalties e de participação nos lucros para sua exploração. Pois, se não há previsão efetiva e respeito desses dois institutos por partes dos países estrangeiros, em especial os desenvolvidos, também possivelmente não haverá respeito para esse tipo de acordo. Vez que seu descumprimento não inviabilizaria o registro em órgão similar ao INPI feito em outro país.

Ademais, ainda que se faça essa parceria entre o país proprietário e um terceiro a Lei não é clara no que tange ao repasse dos royalties para o local ou região de origem do conhecimento tradicional associado. E tampouco, ela estabeleceu parâmetros para elaboração do acordo de cooperação entre eventuais países envolvidos. Isso sem cogitar a hipótese de um mesmo conhecimento tradicional poder pertencer a diversos países.

Indubitavelmente, nosso papel aqui na conclusão foi de apenas deixar no ar as inúmeras questões que envolvem o tema.

#### 4. Referências

BRASIL. **Medida Provisória nº 2186/2001**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/2186-16.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2186-16.htm), retirado em: 15.11.2014.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm), retirado em: 15.11.2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9279/96 (Lei de Propriedade Industrial)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm), retirado em: 05.04.2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9456/97 (Lei de Proteção de Cultivares)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9456.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm), retirado em: 22.04.2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13123/2015 (Lei dos Conhecimentos Tradicionais)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm), retirado em 22.05.2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2519/98**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/decreto/D2519.htm#anexo](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/D2519.htm#anexo), retirado no dia 27.05.2015.

BRUSH, Stephen B. **Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights?** In: Valuing Local Knowledge: Indigenous People and Intellectual Property Rights. Edited by Stephen B. Brush e Doreen Stabinsky, 1996.

CASTELLI, Pierina German. WILKINSON, John. **Conhecimento Tradicional, inovação e direitos de proteção**. (UFRRJ). Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/view/221>, retirado em: 09.04.2015.



- CASTRO, Caterine Vasconcelos de. **A Proteção do Conhecimento Tradicional dos Povos Indígenas sob a Concepção do Pluralismo Jurídico** (dissertação). Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.
- FERREIRA, SIMONE NUNES. CLEMENTINO, ADRIANA NOGUEIRA ROCHA. Artigo: Proteção dos Direitos Tradicionais Associados à Biodiversidade. **Revista Jurídica**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_81/artigos/Simone\\_rev81.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_81/artigos/Simone_rev81.htm), retirado no dia 24.04.2015.
- HALL, Stuart. (Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro). **A Identidade Cultural na Pós-modernidade**. 11ª edição. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011.
- KISHI, Sandra Akemi Shimada. **Conhecimento Tradicional**. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-print.php?page=Conhecimento%20tradicional>, retirado em 14.04.2015.
- LAGASSI, Veronica. **Ensaios de uma Tese: A Certificação Geográfica para o Cultivo de Alimento Orgânico**. (XXIII CONPEDI) Disponível em: [www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=210](http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=210).
- MELO, Ezi. **Estrangeiros registram patentes sobre produtos da Amazônia**. Fonte: A Gazeta, Rio Branco - AC - 27/12/2002. Disponível em: <http://www.abfit.org.br/noticias/outros-anos/antes-de-2012/21-estrangeiros-registram-patentes-sobre-produtos-da-amaz%C3%B4nia>, retirado em 19.04.2015.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Convenção da Biodiversidade**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>, retirado em 22.04.2015.
- Sapo Garimpeiro**. Disponível em: [http://www.upiranga.com/zoologico/sapo\\_garimpeiro.htm](http://www.upiranga.com/zoologico/sapo_garimpeiro.htm), retirado em 25.05.2015.
- Bichos do Brasil**. Disponível em: <http://www.bichosbrasil.com.br/sapogarimpeiro/>, retirado em 25.05.2015.