

EISSN 2316-8080

pidcc

REVISTA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL
DIREITO CONTEMPORÂNEO E CONSTITUIÇÃO

JUN/2020 | Vol 01 N° 2

www.pidcc.com.br

**A MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA SOB A ÉGIDE DA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA
THE WELL-KNOWN BRAND UNDER THE AEGIS OF BRAZILIAN
LEGISLATION**

Marina Zava de Faria¹

<https://orcid.org/0000-0002-7818-5848>

Bete Sulamita de Souza Oliveira²

<https://orcid.org/0000-0001-6493-6412>

RECEBIDO 19/03/2019
APROVADO 22/03/2019
PUBLICADO 26/03/2019
Editor Responsável: Carla Caldas
Método de Avaliação: Double Blind Review
E-ISSN: 2316-8080
DOI:10.16928

RESUMO

O presente trabalho versa sobre os principais institutos de proteção da marca notoriamente conhecida no cenário brasileiro por intermédio da lei nacional 9.279/96, e no plano internacional por meio da Convenção da União de Paris, a qual o Brasil é participante. Com isso, esta pesquisa será construída a partir do método dedutivo, porque será erguida com base em análise das particularidades da marca: suas espécies, importância e significado no contexto jurídico, econômico e social da atualidade. Pretende ainda, explorar as características inerentes às marcas notórias e enfrentar questões concernentes à sua proteção. E, por fim, busca apresentar julgados para averiguar como a marca notoriamente conhecida pode ser protegida no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de propriedade industrial. Marca notoriamente conhecida. Legislação. Proteção.

¹ Advogada e Professora. Atuação com ênfase em Direito Empresarial. Doutora em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2014). Especialista em Direito Empresarial e Docência Universitária pelo Instituto Goiano de Direito Empresarial (2012). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes (2012). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2009). Advogada da MZ Advocacia Corporativa. Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/GO (2013-2015; 2016-2018). Professora do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG), Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), Escola Superior Associada de Goiânia (ESUP). Professora de Pós Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Goiás e do IPOG. <http://lattes.cnpq.br/8604979682033155> <https://orcid.org/0000-0002-7818-5848>

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário Alves Faria. <http://lattes.cnpq.br/8971774250927770>
<https://orcid.org/0000-0001-6493-6412>

ABSTRACT

This work is about the mainly institutes of protection of the well-known brands in the scenario of the Brazilian legislation by the mediation of the national law n° 9.279/96, and in the international scenario by means of the Paris' Union Convention, which Brazil is a participant. Thereby, this research will be constructed in the deductive method, because it will be upraised based on analyzes and particularities of the brand, such as, its specie, importance and meaning in the legal, economic and social contexts nowadays. The research also aims to explore the characteristics inherent to notorious brands and to address issues concerning its protection. Lastly, the research seeks to present judgments to verify how brands could be protected in Brazil.

KEYWORDS: Industrial property law. Well-known brand. Legislation. Protection.

INTRODUÇÃO

McDonald's, Burger King e Bob's. Qual o significado dessas palavras? Ao que elas nos remetem? De entrada, esses vocábulos são marcas, sinais distintivos, signos ou símbolos. Ademais, nos remetem a alimentos, tais como, batata frita, hambúrguer, *milk shake* e outros aperitivos ofertados no mercado de consumo por redes de restaurantes especializados em *fast-food*.

Apesar de oferecerem produtos e serviços semelhantes é interessante notar que as empresas acima citadas possuem mercadorias com características próprias, por exemplo, a batata frita de uma pode ser melhor do que a da outra. Logo, a forma como o consumidor vai distinguir qual é a batata frita de sua preferência, se dará através do sinal apostado no estabelecimento onde o produto será comercializado.

Portanto, a empresa com maior e melhor investimento na qualidade de seus produtos estará em destaque e por consequência agregará mais clientes conquistando a retribuição do investimento feito.

Nesse cenário o presente trabalho tem o intuito de analisar, em âmbito geral, o que é uma marca e como ela pode ser protegida. Assim, em sequência, almeja compreender a proteção da marca notoriamente conhecida, sendo definida como aquela com grande reconhecimento em seu ramo de atividade. Ademais, se busca demonstrar a importância deste signo para o Direito e sua relação com a Economia, em razão do fato de servir como instrumento

de força á livre concorrência, pois garante investimentos, acréscimo econômico e a ascensão de países em desenvolvimento.

Em âmbito jurídico a marca é o sinal distintivo visualmente perceptível, não podendo estar compreendido nas proibições legais. Já no âmbito econômico, os símbolos quando distinguem produtos e serviços de outros semelhantes possibilita o retorno financeiro do investimento feito pelo agente econômico ao introduzir o produto no mercado.

Devido a livre concorrência, as empresas precisam de produtos e serviços de qualidade para manter-se no âmbito consumerista. Pois, quando uma marca se estabelece no mercado de consumo ela se torna conhecida pelos usuários em razão de suas qualidades e características próprias. Dessa forma, ao longo do tempo, essa mesma marca pode vir a se tornar notória, por conseguinte o proprietário cria grande estima por seu sinal distintivo, sendo essencial requerer e garantir sua proteção adequada para evitar ou se preparar caso a marca venha a ser usada por outros que desejem se aproveitar ilicitamente de sua estabilidade no mercado promovendo a concorrência desleal.

É preciso lembrar, nossa pátria ainda está em desenvolvimento, e a maior parte dos investimentos cuja contribuição auxilia no crescimento do país são realizados por empresas privadas representadas por um símbolo ou sinal distintivo. As grandes empresas tem em seu sinal distintivo a garantia da qualidade e origem de seu produto ou serviço a ser aderido pelo público consumidor.

Sendo assim, é primordial analisar como o instituto da marca é aplicado no Estado brasileiro. Para tanto, se faz necessário conhecer o regimento jurídico concernente à proteção das marcas frente o resguardo da garantia de sua função, qual seja, distinguir um produto ou serviço de outro idêntico.

Do ponto de vista jurídico, o Brasil se preocupou em legislar sobre o Direito marcário no intento de corroborar tratados dos quais é signatário, como, a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - TRIPS.

Além disso, no plano nacional a proteção á marca é regulada, como garantia individual e cláusula pétrea, pela Constituição federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XXIX, enquanto, no plano infralegal, restou à lei 9.279/96 esmiuçar e expor os direitos e obrigações relativos á propriedade industrial. Portanto, referidas legislações são o chamariz para garantir a realização de investimentos no território brasileiro.

Por todo o explanado, a presente pesquisa será formada a partir do método dedutivo, porque analisará as particularidades das marcas, sua importância no contexto jurídico, social e econômico e em especial abordará como se dá a proteção da marca notória, sua relevância e características próprias. Buscando, ao final, apresentar e analisar julgados com a abordagem do tema em voga. Toda essa busca será feita com a exploração, conhecimento e raciocínio de diversos pontos de vista doutrinários, com certa ênfase estudaremos doutrinadores, tais como, Denis Borges Barbosa, André Luiz Santa Cruz Ramos, Gladston Mamede, Fabio Ulhoa Coelho e Marlon Tomazette.

1. MARCAS

O presente capítulo tem o intuito de analisar e apresentar um breve histórico sobre como surgiu o direito da propriedade industrial, juntamente com a formação do conceito e a compreensão da função da marca segundo as legislações pertinentes, e suas especificações, além de abordar sua relevância jurídica, social e econômica.

1.1. BREVE HISTÓRICO CONCERNENTE AO SURGIMENTO DO DIREITO DE PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Ao longo da história as pessoas não tinham a preocupação de proteger seus inventos, contudo após a Revolução Industrial essa realidade começou a mudar, conforme suscita Ramos³.] a humanidade, surpresa com a mudança nas relações econômicas provocadas pela passagem do sistema artesanal para a indústria, atentou para a inexorável realidade de que a criação era o grande instrumento de poder e riqueza.” E assim começou o desenvolvimento do direito de proteção da propriedade industrial.

Contudo, existiram outros momentos, antes da Revolução Industrial, onde percebe-se um vislumbre do que seria a proteção de um invento, esses se deram na cidade de Bordeaux, na França em 1236, onde foi concedido a *Bonafasus de Sancta e Companhia* o direito de explorar de forma exclusiva, durante 15 anos, o método flamengo de tecer e tingir tecido de lã⁴, e, na Inglaterra, com a edição do *Statute of Mopolies* em 1623 que prestigiou as “inovações nas técnicas, utensílios e ferramentas de produção. O inventor passou a ter condições de acesso a certas modalidades de monopólio concedidas pela Coroa, fator essencial para motivá-lo a novas

³ RAMOS, 2016.

⁴ *Ibidem*.

pesquisas e aprimoramentos de suas descobertas”⁵ Um momento marcante para o surgimento dos direitos concernente as proteções das criações, foi em 1883, num encontro entre nações cujo intuito foi o de uniformizar e estabelecer os alicerces para a defesa dos direitos da propriedade intelectual e industrial no plano internacional, esse encontro foi a Convenção de Paris⁶. Nesta Convenção, segundo Coelho (2016, p. 168), foi onde ficaram consolidadas novas perspectivas e diretrizes sobre como lidar com os direitos e obrigações acerca das invenções e dos sinais distintivos⁷.

Como visto a Convenção de Paris estabeleceu as bases de proteção da propriedade industrial enquanto um dos ramos do direito, e da espécie, a propriedade intelectual. Assim sendo, o fator diferencial entre esses institutos, de acordo com Ramos, é que a primeira protege o direito do inventor e esta interligado ao Direito Empresarial, enquanto a outra protege o direito do autor estando vinculado ao Direito Civil⁸.

O Brasil foi um dos países pioneiros na construção do direito a proteção da propriedade industrial, pois fez parte da criação da Convenção de Paris e manteve em quase todas as constituições brasileiras a reserva desse direito⁹.

Outrossim, em âmbito internacional, há um acordo cujo o Brasil é membro, sendo denominado TRIPS¹⁰. Referido acordo tem como objetivo eliminar as barreiras existentes no âmbito do comércio internacional, e promover a aplicação eficaz do direito de proteção da propriedade intelectual de forma que este não se torne obstáculo para o comércio entre os países signatários.

Atualmente, a Constituição de 1988 aponta em seu art. 5.º, inciso XXIX, que “a lei assegurará aos autores dos inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a

⁶ RAMOS, 2016.

⁷ A convenção de Paris, pela abrangência que conferiu ao conceito de propriedade industrial, consolidou uma nova perspectiva para o tratamento da matéria. Os direitos dos inventores sobre as invenções, e os dos empresários sobre os sinais distintivos de sua atividade, juntamente com as regras de repressão à concorrência desleal, passaram a integrar um mesmo ramo jurídico.

⁸ RAMOS, 2016.

⁹ Como bem observa RAMOS (2016, p.175), a nossa primeira Constituição já sugeria isso: No plano constitucional, quase todas as Constituições brasileiras, ao longo de nossa história, cuidaram do direito de propriedade industrial. A nossa primeira Constituição, a de 1824, já se referia à proteção da propriedade industrial, em seu art. 179, inciso XXVI, que assim dispunha: “os inventores terão propriedade de suas descobertas ou das produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo e temporário ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização”.

¹⁰ Em inglês: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (tradução nossa).

outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Continuamente, em âmbito nacional, o Brasil continua a ser um país com viés protetivo, tendo, inclusive, uma lei própria que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, é a Lei nº 9.279 (Lei de Propriedade Industrial – LPI) de 14 de maio de 1996.

Portanto, enquanto um dos bens da propriedade industrial, a marca resta devidamente protegida, seja no cenário brasileiro, pela Constituição do Brasil de 1988 e pela lei LPI, seja no cenário internacional, pela Convenção de Paris e pelo acordo do TRIPS. De modo que, em sequência, a marca será analisada com maior profundidade, desde seu conceito até sua relevância para o desenvolvimento de um país.

1.1.1. Conceito e função da marca

Segundo o art. 122 da LPI, a marca é um sinal distintivo visualmente perceptível, desde que não esteja entre as proibições legais. Esse conceito extraído da lei revela o conceito de marca e quais os sinais podem ser registrados no cenário brasileiro. Partindo desse pressuposto estão de fora da proteção, as marcas de cheiro, gosto ou som. Nesse sentido, Tomazette¹¹ menciona o fato de “no direito Brasileiro, o artigo 122 da Lei 9.279/99 afasta o registro de marcas olfativas, gustativas ou sonoras, exigindo o caráter visual nas marcas”. Ainda assim, o artigo 123 da mesma lei amplia o conceito de marca para além de distinguir, permitir a marca de certificação ou coletiva.

A função da marca emerge de seu conceito, pois ela serve como sinal distintivo de produtos ou serviços e ainda indica sua procedência. Além disso, para o possuidor da marca essa função é de grande relevância, pois, para o empresário a função de distinguir da marca é de suma importância, visto que atrai clientela e resguarda o interesse do consumidor quanto à qualidade ou proveniência de determinado produto ou serviço¹².

Denis Borges Barbosa reporta que no início tradicionalmente ao designar um produto ou serviço a marca servia para identificar sua origem, porém com o seu uso em propagandas ela além de indicar a origem ainda incita o consumo e valoriza a atividade empresarial de seu titular¹³.

¹² *Ibidem*.

¹³ BARBOSA, 2018.

Com isso, para que um sinal seja considerado marca no Brasil, ele precisa distinguir produto e indicar serviço de forma perceptível visualmente. Assim, a sua função distintiva e de indicação de procedência resguardará os direitos do titular da marca bem como protegerá os interesses do consumidor ¹⁴.

1.1.2. Especificações da marca

As marcas, segundo o art. 123 da LPI, podem ser especificadas quanto ao seu uso, como sendo, marca de produtos ou serviços, marca coletiva e marca de certificação. Já quanto a forma de sua composição, para fins doutrinários, as marcas são classificadas em: nominativas, figurativas, mistas e por fim, tridimensionais. Quanto a origem, as marcas podem ser brasileiras ou estrangeiras¹⁵.

Desta feita, a marca de produto ou serviço é aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, mas com origem diversa. Para tanto, tomemos como exemplo, algumas marcas de produtos ou serviços os nomes tais quais, Coca-Cola, Brastemp, Embratur, Apple, Samsung, dentre outros.

Por outro lado, a marca de certificação é usada para atestar a qualidade de um produto ou serviço conforme estabelecido em determinadas normas ou especificações técnicas, como, por exemplo, o selo único oficial do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade Orgânica que é dado aos produtos orgânicos credenciados no Ministério da Agricultura¹⁶.

Restando apenas tratar sobre a classificação da marca quanto ao uso. Assim, se um produto ou serviço é oferecido ao público por membros de uma entidade, aqueles podem receber uma marca coletiva. Pois, sua “[...] função é garantir a qualidade, origem e natureza de certos produtos ou serviços de membros de uma determinada entidade. Exemplo: cooperativa agropecuária de Boa Esperança” ¹⁷.

Conforme sua composição a marca pode ser nominativa: são os sinais compostos só por palavras, letras, números, expressões ou que combinem esses símbolos denominados de nominativos. Nesse sentido, segundo Santa Cruz, “as marcas nominativas são as criadas a partir

¹⁴ TOMAZETTE, 2017.

¹⁵ TOMAZETTE, 2017.

¹⁶ André Luiz Santa Cruz Ramos (2016. p. 243) averigua que: marca de certificação, por sua vez, é aquela que atesta a qualidade de determinado produto ou serviço conforme normas técnicas estabelecidas por institutos especializados, os quais podem ser de natureza governamental ou apenas credenciados pelos órgãos oficiais competentes. Está regulada no inciso II do art. 123 da LPI.

¹⁷ TOMAZETTE, 2017.

de palavras e/ou números ou combinação de palavras e números. Podem ser expressões já existentes ou criações originais”¹⁸. Exemplo: 51, Coca-Cola, Brastemp entre outros.

No concernente às marcas figurativas, essas são formadas por imagens, desenhos, figuras ou qualquer outro sinal distintivo. Enquanto as marcas mistas são formadas por sinais linguísticos e desenhos, ou seja, sua composição se dá pela combinação das formas nominativa e figurativa.

Quanto à composição, restam ainda as marcas em forma tridimensionais, as quais, segundo Negrão, são “apresentada nas várias dimensões visuais, com desenhos em vista frontal, lateral, superior, inferior, ou em algumas delas e em perspectiva”¹⁹. Complementando este ponto de vista, Tomazette diz que, “elas são constituídas pela forma plástica de produto ou de embalagem, cuja forma tenha capacidade distintiva e esteja dissociada de qualquer efeito técnico”²⁰.

Em deslinde, resta analisar os aspectos quanto aos sinais distintivos da origem. Dessa forma, a marca é de origem brasileira “quando é regularmente depositada no Brasil, por pessoa domiciliada no país”²¹.

Por outro lado, a marca é de origem estrangeira quando: a) é depositada no Brasil por pessoa não domiciliada no país; b) é depositada em país que faça parte de acordo ou tratado do qual o Brasil é membro ou signatário, ou também pode ser depositada em organização internacional da qual a nação faça parte, neste caso essa marca deve ser depositada no território nacional dentro do prazo estipulado pelo acordo ou tratado, com a devida reivindicação de prioridade concernente a data do primeiro pedido²².

1.2. A RELEVÂNCIA DA MARCA

Habitamos um país cuja economia é pautada frente o viés capitalista, assim sendo, a maioria das pessoas envolvidas com a atividade comercial e/ou com a atividade industrial concentra entre seus inúmeros objetivos, principalmente frente seu árduo trabalho, o lucro.

O lucro é obtido através do consumo, este, por sua vez, acaba se realizando, muitas das vezes em razão da marca exposta no produto. Assim, como observa Lélío Denicoli Schmidt, “são as marcas que tornam a concorrência possível, ao permitirem que o consumidor possa

¹⁸ RAMOS, 2016.

¹⁹ NEGRÃO, 2015.

²⁰ TOMAZETTE, 2017.

²¹ Ibidem, 2017.

²² TOMAZETTE, 2017.

diferenciar as mercadorias e escolher o que deseja”²³, logo, o capitalismo não se movimenta sem uma sociedade de consumo, portanto, as marcas têm um importante papel na economia de mercado, pois elas promovem e instigam a concorrência.

Assim, por meio da concorrência a economia se desenvolve, pois os concorrentes precisam estar atentos aos produtos ofertados ao público²⁴. É interessante notar que a função principal da marca é a de distinguir produtos e serviços de outros semelhantes, fator capaz de promove a competição entre os concorrentes, pois os fabricantes fazem questão de tornar os seus produtos diferentes dos demais para tentar convencer o consumidor da sua melhor qualidade.

À vista disso, para se manter no mercado, uma empresa precisa superar a concorrência revestindo seu produto ou serviço com qualidades e funcionalidades capazes de satisfazer a necessidade do público. Uma vez aprovado o produto e restando o cliente satisfeito ele passará a escolher sempre aquela marca ou sinal distintivo, pois ele satisfaz suas necessidades²⁵. Logo, essa função identificadora é garantida pelos sinais distintivos, ou seja, as qualidades do produto ou serviço vão ser delimitadas pela marca que ele carrega.

Os signos identificadores atraem clientela, pois “a marca permite que a decisão de compra seja determinada pela experiência ou informações prévias que o consumidor tiver acerca de determinado produto. Com isso, o consumo se dá num nível de maior confiança e eficiência”²⁶. Além desse viés identificador e atrativo a devida proteção da marca ou sinal distintivo resguarda os direitos de seu titular contra a concorrência desleal evitando a debanda de seus consumidores, o engano em seus produtos ou serviços, a decadência da qualidade de seus produtos através da pirataria ou falsificação, dentre outros.

Denis Borges Barbosa (2005) trilha o mesmo caminho desse entendimento, ele saliente o fato da marca usada como propaganda incitar o consumo e valorizar a atividade empresarial do titular, por isso, ela deve estar juridicamente protegida²⁷.

²³ SCHMIDT, 2013.

²⁴ Paul Singer (2001, p. 11) sustenta que “[...] a situação é de concorrência quando o número de produtores é bastante grande. A concorrência permite aos consumidores não só escolher qual a mercadoria que desejam, e em que quantidade, mas de quem desejam comprá-la. E isso faz com que os vários competidores tenham de prestar atenção uns aos outros sobre o que estão oferecendo e a que preço”.

²⁵ BARBOSA, 2005.

²⁶ SCHMIDT, 2013.

²⁷ Denis Borges Barbosa (2005, p. 4) diz: Conforme a clássica justificativa do sistema de marcas, a proteção jurídica tem por finalidade – em primeiro lugar- proteger o investimento do empresário; em segundo lugar, garantir ao consumidor a capacidade de discernir o bom e o mau produto. O exercício equilibrado e compatível com a função social desta propriedade levaria a que o investimento em qualidade seria reconhecido.

Quando um empresário investe em sua marca, o retorno lucrativo pode ser grande, uma vez que, seu produto se estabelece no mercado frente suas características próprias, permitindo ao público distingui-lo e utiliza-lo não só pela apresentação, mas por atender às suas demandas e necessidades humanas e emocionais²⁸.

Por essa razão, não é difícil encontrar produtos ou serviços semelhantes, cuja única distinção seja o preço final. Esse aumento e diferença no preço é diametralmente proporcional aos investimentos realizados, seja em razão da qualidade, seja em razão da propaganda do produto. A finalidade do empresário é construir uma imagem forte para seu sinal distintivo no mercado. Logo, em razão do alto investimento no valor da marca e na qualidade do produto para o público consumidor seu custo no mercado será mais oneroso.

Ademais, como bem ressalta Pinho “a marca pode ainda constituir uma base para a empresa estabelecer uma política de preços diferenciada, ou seja, praticar preços mais elevados que resultem em maiores margens de lucratividade”²⁹.

Outra forma de o empresário lucrar por ser proprietário de uma marca ocorre quando ele a vende ou a licencia para outros empresários com o intuito de utilizar os fatores microeconômicos que gravitam ao seu redor. Apenas para se ter uma ideia dessa condição vale a citação de David Aaker o qual aponta, como exemplo, que a “Kraft foi comprada por quase \$13 bilhões, mais de 600% do seu valor contábil, e a coleção de marcas sob a cobertura RJR Nabisco rendeu mais de \$ 25 bilhões”³⁰.

Em síntese, a marca é relevante, pois, fomenta o consumo e é um grande elemento da competitividade econômica ocasionado crescimento financeiro para o empresário e para a sociedade frente a qual ele exerce seu empreendimento. Quando um empresário se atenta ao fato de que, se ele investir em qualidade e publicidade de seu produto ou serviço, estes se firmam no mercado consumerista e atraem clientes, tendo como fator resultante a lucratividade, aquele não medirá esforços para garantir a evidência de sua marca.

Por outro lado, o consumidor também sai ganhando, pois a concorrência saudável entre empresários garante a existência e demanda contínua por melhores produtos e serviços. Dessa forma, o consumidor sempre poderá buscar sua satisfação com base em sua preferência pela qualidade de determinada marca.

²⁸ É o que ilustra Lélío Denicoli Schmidt (2013) [...], quando a marca se notabiliza ela passa a veicular outras mensagens além da mera apresentação do produto. Tamanho é o poder sugestivo das marcas famosas que na verdade elas vendem não só o produto físico em que são apostas, mas também as emoções e sonhos (o produto imaterial) relacionadas ao seu consumo, como as sensações de glamour e status que certas marcas despertam.

²⁹ PINHO, 1996.

³⁰ AAKER, 1998.

Assim, devido à importância da marca e dos benefícios que ela oferece para o produtor, empresário e consumidor, essa e outras “propriedades intelectuais são reconhecidas como passíveis de registro e proteção legal, garantindo a seus proprietários todos os direitos daí decorrente”³¹.

2. A MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA

No capítulo anterior houve uma abordagem generalista e ampla acerca do objeto principal deste estudo, qual seja, a marca, nesse sentido, se discorreu sobre suas especificações e sua importância para o direito e para o desenvolvimento econômico.

Em complemento, neste segundo momento, serão analisadas de modo específico duas espécies de marcas que podem facilmente ser confundidas, contudo, se forem observadas com apreço vão mostrar suas peculiaridades e diferenças.

Logo, nosso objeto de estudo, terá como norte a existência da marca notória e da marca de alto renome, sendo que a primeira é amparada por tratados internacionais e abrigada pela legislação brasileira, enquanto a segunda é tutelada também pela lei 9.279/96.

Ao final, o assunto tratado encerrará esforços ante a singularidade da proteção dada à marca notoriamente conhecida, além de abordar as motivações para esse amparo.

2.1. A DISTINÇÃO ENTRE A MARCA NOTÓRIA E A MARCA DE ALTO RENOME

Quando se ouve falar em marca notoriamente conhecida e marca de alto renome, uma confusão pode surgir em relação ao seu conceito, contudo, apesar de a notoriedade estar presente nesses dois sinais distintivos uma diverge da outra. Elas se diferem quanto à extensão territorial, extensão de aplicação, fonte legislativa e na questão do registro no Brasil³².

Atualmente, a marca notória encontra abrigo no art. 126 da Lei nº 9.279/1996. Contudo, antes da Convenção da União de Paris (CUP), pois foi esta que trouxe a existência e diferença entre essas marcas, o antigo Código de Propriedade Industrial (CPI) de 1971 trazia como marca notória o que hoje entendemos como marca de alto renome.

Desta forma, buscando facilitar a compreensão desta diferença se faz necessário trazer ao presente trabalho conceitos doutrinários acerca do que efetivamente se determina

³¹ PINHO, 1996, p.8.

³² NEGRÃO, 2015.

como marca notoriamente conhecida. De saída, vale apontar o entendimento do doutrinador Tarcisio Teixeira, para ele a “marca notoriamente conhecida é aquela de conhecimento das pessoas que operam no mesmo ramo de atividade do titular da marca”³³.

Lado contrário, Marlon Tomazette acaba por afirmar que o sinal distintivo notoriamente conhecido é aquele “que detêm seu prestígio restrito aos segmentos do público consumidor relacionado ao produto que elas assinalam”³⁴. Ou seja, a marca notória é famosa em razão do ser largamente conhecida no seu mercado de atuação, ao ponto que quem atua naquele ramo, seja como produtor, vendedor ou consumidor tem total conhecimento acerca da referida marca.

Outra característica peculiar à marca notória guarda relação com o fato de ela não precisar ser levada a registro no Brasil para ter garantida sua proteção, como dispõe o art. 126, caput, da L. 9.279/96, *in verbis*, “a marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade [...], goza de proteção especial, independentemente de estar previamente registrada no Brasil”.

Logo, basta que a marca pertença à pessoa física ou jurídica sediada em um dos países signatários da Convenção da União de Paris (CUP) para gozar de proteção nos territórios dos países aderentes a essa convenção.

Por conseguinte, acerca da marca notoriamente conhecida pode-se resumir como sendo aquela que possui bastante prestígio e conhecimento do público consumidor, produtor, dos prestadores de serviço ou de comerciantes dentro de determinado ramo de atividade, ademais, ela independe de registro junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para ser protegida, visto que o Brasil é signatário de tratados internacionais cuja efetiva proteção e garantia não depende de registro.

Contrapartida, quanto às marcas de alto renome, estas estão identificadas no corpo do art. 125 da Lei nº 9.79/96. Todavia, como mencionado anteriormente, na antiga lei brasileira de propriedade industrial, de 1971, ela era chamada de marca notória³⁵. Motivo pelo qual existe a confusão entre elas.

³³ TEIXEIRA, 2011, p.78.

³⁴ TOMAZETTE, 2017, p. 175.

³⁵ Art. 67 da L. 5.772 de 1971: A marca considerada notória no Brasil, registrada nos termos e para os efeitos deste Código, terá assegurada proteção especial, em tôdas as classes, mantido registro próprio para impedir o de outra que a reproduza ou imite, no todo ou em parte, desde que haja possibilidade de confusão quanto à origem dos produtos, mercadorias ou serviços, ou ainda prejuízo para a reputação da marca. Parágrafo único. O uso indevido de marca que reproduza ou imite marca notória registrada no Brasil, constituirá agravante de crime previsto na lei própria.

Atualmente, na LPI a marca de alto renome é aquela devidamente registrada no Brasil para a qual será assegurada proteção especial, em todos os ramos de atividade. Em razão disso, se mostra necessário a declaração do INPI de que referida marca seja de alto renome.

Sobre o conceito da marca de alto renome, vale ressaltar o entendimento do doutrinador José Antonio B. L. Faria Correa, para quem elas são tidas enquanto “sinais que exercem magnetismo próprio, sobrevoando todas as categorias de produtos ou serviços e conservando o poder de distinção ainda que desvinculados de sua função originária”³⁶. Isso porque, essas marcas atingem tamanho reconhecimento e projeção no território brasileiro que são conhecidas pelo público em geral, independente do ramo de atividade do sinal distintivo.

Acerca do referido assunto, tomemos como exemplo a marca de automóveis, Ferrari, ela é tão reconhecida pela qualidade de seus automóveis que não precisamos ter dinheiro suficiente ao ponto de comprar um deles. Todavia, esse conhecimento não está restrito apenas ao mercado automobilístico, ele perpassa todos os veios mercadológicos e chega a todo e qualquer consumidor.

Logo, a proteção especial à marca de alto renome acontece justamente em razão do seu conhecimento exponencial, de modo que sua proteção acaba buscando ultrapassar os limites geográficos de onde ela foi criada no intuito de evitar que outros possam se aproveitar de seu valor distintivo³⁷.

Uma peculiaridade encontrada nas marcas de alto renome guarda relação direta como o fato de ela ser uma exceção ao princípio da especialidade. Pelo princípio da especialidade a proteção de uma marca é exclusiva ao seu ramo de atuação. Apesar desse princípio, para o qual um sinal distintivo só é protegido em seu ramo de atividade, temos que a marca de alto renome por sua tamanha abrangência e fama acaba por invadir outros mercados, não se restringindo apenas ao seu ramo de atividade³⁸.

Assim, a marca de alto renome por suas qualificações, tais como, boa reputação, qualidade de seus produtos e serviços, estabilidade no mercado, reconhecimento do público

³⁶ CORREA, 1997, p.33.

³⁷ Como afirma José Antonio B. L. Faria Correa (1997, p.34), o princípio que informa a proteção às marcas de alto renome é a repressão ao enriquecimento sem causa. Como se viu, as marcas notórias são verdadeiros magnetos, aptos a atrair clientela pelo simples fato de sua presença, independentemente dos produtos ou serviços a que se destinavam na origem. Pelo seu valor distintivo muito mais alto, é natural que o direito lhes conceda amparo especial.

³⁸ Como esclarece Marlon Tomazette (2017, p.174), as marcas de alto renome representam uma exceção justificada ao princípio da especialidade, na medida em que o grau de conhecimento das marcas de alto renome extrapola os ramos de atuação para que a mesma foi inicialmente registrada. A força da marca de alto renome não se limita ao seu ramo de atuação e, por isso, sua proteção deve-se estender indistintamente a todos os ramos de atuação. A confiança que o consumidor tem nos produtos ou serviços da marca de alto renome naturalmente se estenderá a outros ramos frente os quais o mesmo empresário se dedique.

consumidor além do domínio em seu ramo de atividade, acaba desempenhando um papel superior frente o qual haverá garantia a esse tipo de signo em todos os ramos do mercado, logo, uma exceção ao princípio da especialidade.

Questão inquietante é saber os requisitos necessários para que um sinal distintivo seja considerado de alto renome. A lei não traz requisitos taxativos para se reconhecer uma marca como de alto renome, condição apontada como adequada pela doutrina, pois é o mercado que reconhece se uma marca é ou não de alto renome. Isso se deve ao fato de que “quando se fala de marca de alto renome, fala-se de marca viva, que pulsa no mercado. É o mercado que diz quando um sinal pode beneficiar-se do adjetivo”³⁹.

Ainda assim, existe a resolução 107/2013 do INPI, que normaliza os procedimentos para a aplicação do art. 125 da lei nº 9.279/96, determinado quais os requisitos uma marca precisar ter para comprovar o seu alto renome. Por isso, é importante colocar em evidência que “o reconhecimento da marca como de alto renome passa a ser uma etapa autônoma e prévia, não vinculada a qualquer hipótese de defesa”⁴⁰. Ou seja, para obter a proteção especial garantida às marcas de alto renome deve haver um requerimento junto ao INPI.

Desta forma, se for reconhecido o alto renome de uma marca, o “INPI promoverá a anotação do alto renome da marca no Sistema de Marcas, que será mantida pelo prazo de 10 (dez) anos, salvo extinção da marca ou impugnação da decisão que reconheceu como marca de alto renome”⁴¹.

Portanto, para reiterar as distinções entre as marcas notoriamente conhecidas e as de alto renome, será apresentado uma análise simplificada extraída após análise da obra de Ricardo Negrão⁴², pois o autor apresenta uma distinção de forma clara. Nesse aspecto, as marcas notórias, no tocante à sua extensão territorial, têm proteção nos territórios dos países signatários da CUP, por outro lado, no que se refere à extensão de aplicação da norma as marcas têm proteção tão somente em relação a produtos idênticos e similares, condição fundamentada no art. 6º *bis* (1) da CUP e art. 126 da CPI, e, por fim, seu registro no Brasil é dispensável para a garantia de sua proteção.

Contrapartida, as marcas de alto renome, no tocante a sua extensão territorial, têm proteção no território nacional e sua aplicação é justaposta em todos os ramos de atividade,

³⁹ CORREA, 1997, p.34.

⁴⁰ TOMAZETTE, 2017, p.174.

⁴¹ *Idem*.

⁴² NEGRÃO, 2015, p.177.

afetando diretamente todo o mercado, ademais, quanto ao fator legislativo, seu esteio se encontra no art. 125 do CPI e, finalmente, seu registro é indispensável para sua proteção.

2.2. A PROTEÇÃO DA MARCA NOTÓRIA

Para se tornar proprietário de uma marca e garantir sua proteção, é necessário que esta seja registrada pelo INPI (art.129 da Lei nº 9.279/96). Esse pedido de registro deve ser acompanhado com requerimento, comprovante de pagamento etc., após o depósito ele será submetido a um exame preliminar e, caso seja aprovado, será feito o exame de mérito (art. 155 a 160 da Lei nº 9.279/96). A garantia da proteção de marca, no Brasil, é assegurada no art. 127 da Lei de Propriedade Industrial, podendo, inclusive, ter validade no âmbito internacional ⁴³.

Vale Ressaltar que essa garantia internacional existe pelo fato de o Brasil ser signatário de acordos internacionais como o TRIP ⁴⁴ e a CUP ⁴⁵, no sentido de existir colaborações internacionais entre os países signatários desses tratados.

Assim, tanto a pessoa física quanto a jurídica de direito público ou de direito privado podem requerer registro de marca (art.128 da Lei nº 9.279/96), e se este for concedido, vigorará pelo prazo de 10 anos, sendo prorrogável por iguais períodos sucessivos (art. 133 da Lei nº 9.279/96). Contudo nem todo sinal distintivo pode ser registrado como marca, valendo a observância das exclusões apresentadas no art. 124 da Lei nº 9.279/96.

Portanto, no Brasil quando um sinal distintivo não estiver no rol de proibições, este, se for visivelmente perceptível pode ser suscetível ao registro (art. 122, da L.9.279/96).

Entretanto, quando o assunto é a marca notoriamente conhecida, esta goza de proteção especial, pois não é obrigado a se enquadrar no princípio da territorialidade e o seu registro não é obrigatório para sua proteção.

Como já dito, a marca notória encontra seu primeiro embasamento no art. 6º da Convenção da União de Paris. Referida norma estabelece que se uma pessoa tentar registrar uma marca idêntica à outra notoriamente conhecida junto ao INPI, mesmo que não esteja registrada no Brasil, essa terá seu registro negado. Isso se dá porque a marca notória é uma

⁴³ Seguindo esse entendimento afirma Gladston Mamede (2009, p.298) que “para garantir proteção internacional às marcas, ao pedido de registro de marca depositado em país que mantenha acordo com o Brasil ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional, será assegurado direito de prioridade, nos prazos estabelecidos no acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesses prazos”.

⁴⁴ Em inglês: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (tradução nossa).

⁴⁵ Convenção da União de Paris.

exceção ao princípio da territorialidade o qual afirma que a marca só tem proteção em um país se registrada no órgão competente daquele país ⁴⁶.

Pelo fato de se entender que o mundo globalizado, no qual estamos inseridos, não permite a desculpa de que se tenha falta de conhecimento de uma marca notável para registrá-la como sua, os sinais notórios excedem ao princípio da territorialidade.

A Lei nº 9.276/96 quando ofereceu proteção à marca notoriamente conhecida transcreveu para seu próprio corpo legal a regra da já citada Convenção da União de Paris, “dando amparo às marcas que, mesmo sem prévio registro no país, se tenham tornado notoriamente conhecidas como já pertencentes à pessoa física ou jurídica domiciliada em país partícipe do convênio internacional” ⁴⁷.

Importante frisar que a proteção da marca notória é oferecida somente junto ao seu ramo de atividade, diferente do que acontece com a marca de alto renome, a qual terá proteção especial, em todos os ramos de atividade ⁴⁸.

Outrossim, além da proteção garantida pela Convenção de Paris e da lei brasileira de propriedade industrial, a marca notória também está tutelada pelo TRIP (art. 16, itens 2 e 3), acordo que consagra a repressão à pirataria de marcas, cujo Brasil é signatário ⁴⁹.

Nesses termos, é pertinente observar que a legislação brasileira “incorpora definitivamente [...] a proteção especial às marcas notoriamente conhecidas, decorrente da

⁴⁶ Nesta perspectiva, José Antonio B.L. Faria Correa (1997, p.39) oferece um bom argumento para a exceção ao princípio da territorialidade, assim, “cabe anotar, ademais, que o avanço das telecomunicações e da informática tornou dessarrazoado o apego excessivo à noção de territorialidade, pois, seja pela televisão, seja pela internet, o que ocorre em um país alcança, simultaneamente, os demais. Pelo mesmo motivo, as marcas se projetam com muito mais desembaraço e rapidez, muitas, até, se engolfando no mar de sinais distintivos que se acotovelam no mundo, após efêmera glória. Assim, a preocupação obstinada com a territorialidade torna-se insustentável em nossos dias, incompatível que é com a realidade que vivemos, além de danosa, por servir de pretexto teórico para a prática de atos de verdadeira fraude à lei, facilitados justamente pela velocidade dos meios de comunicação”.

⁴⁷ CORREA, 1997, p.37.

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º bis (I), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil. § 1º A proteção de que trata este artigo aplica-se também às marcas de serviço. § 2º O INPI poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

⁴⁸ A esse respeito Marlon Tomazette (2017, p.176) afirma que: Se uma marca for notoriamente conhecida, ela é protegida independentemente de estar registrada no país, mas essa proteção será restrita ao seu segmento mercadológico. Ora, as pessoas que atuam em determinado segmento obviamente sabem da existência das marcas notoriamente conhecidas e, por isso, não seria de boa-fé qualquer tentativa de se obter o registro de tais marcas.

⁴⁹ Artigo 16 [...] 2. O disposto no Artigo 6º bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, mutatis mutandis, a serviços. Ao determinar se uma marca é notoriamente conhecida, os Membros levarão em consideração o conhecimento da marca no setor pertinente do público, inclusive o conhecimento que tenha sido obtido naquele Membro, como resultado de promoção da marca. 3. O disposto no Artigo 6bis da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, mutatis mutandis, aos bens e serviços que não sejam similares àqueles para os quais uma marca esteja registrada, desde que o uso dessa marca, em relação àqueles bens e serviços, possa indicar uma conexão entre aqueles bens e serviços e o titular da marca registrada e desde que seja provável que esse uso prejudique os interesses do titular da marca registrada.

Convenção da União de Paris e preconizada pelo TRIPs, garantindo-lhes proteção mesmo sem o registro no país”⁵⁰.

Referido proteção se torna uma garantia especial cujo intuito é a vedação do enriquecimento sem causa, impedindo a atuação da concorrência desleal que podem buscar se aproveitar da glória internacional desfrutada por certas marcas, por isso, a importância de proteção mesmo se essas não estiverem registradas em algum país unionista.

Tal condição está diametralmente ligada aos dias atuais, pois o nosso mundo é totalmente globalizado e conectado, assim, “é a boa-fé que deve pautar todo o direito marcário, não se podendo admitir a tutela para condutas desleais de pessoas de má-fé”⁵¹, logo, ninguém pode se escusar da falta de conhecimento de uma marca famosa para se aproveitar de sua fama, estabilidade e boa reputação consolidadas no mercado.

3. DECISÕES JURISPRUDENCIAIS

O presente capítulo será escrito com o intuito de avaliar como vem sendo julgado questões envolvendo a marca notoriamente conhecida. Assim, serão expostas decisões jurisprudenciais retratando como o ordenamento jurídico brasileiro aprecia essas demandas. A fim de responder o seguinte questionamento: quais os fatores utilizados pela jurisprudência para entender uma marca como notória?

Essa não é uma pergunta fácil de ser respondida, mas no caso *Ryder System, Inc., versus, Ryder Serviços e Locações de Veículos Ltda. e Instituto Nacional da Propriedade Industrial- INPI*, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou que a empresa *Ryder System, Inc.*, não tinha em seu signo a notoriedade suficiente para pedir a anulação do registro de marca *RYDER* na ação que moveu em face de *Ryder Serviços e Locação de Veículos Ltda.* na data de 02/02/2006, com fundamento na má-fé.

O caminho percorrido até essa demanda chegar ao STJ foi o seguinte: a empresa *Ryder System, Inc.* ajuizou uma ação em face de *Ryder Serviços e Locação de Veículos Ltda.* e do INPI, em sua inicial aduziu que o primeiro requerido registrou a marca *RYDER* de forma indevida, ou seja, com má-fé, pois a Autora possui sinal notoriamente conhecido em seu ramo de negócios.

⁵⁰ TOMAZETTE, 2017, p.175.

⁵¹ TOMAZETTE, 2017, p.176.

Com isso, o magistrado declarou prescrita a pretensão anulatória do registro de marca devido ao lapso temporal de mais de 30 anos entre a data da concessão (10/11/1976) do registro e do ajuizamento da ação (02/02/2006). Inconformada, a Autora apelou para o Tribunal Regional Federal (TRF) da 2ª Região, contudo, seu recurso não foi provido, sob a alegação de prescrição. Por fim, a Ryder System, Inc. interpôs recurso especial alegando inexistência da prescrição de nulidade de registro de marca, pois houve má-fé, contudo, segundo o item (3) do artigo 6º, bis, da CUP, essa ação é imprescritível.

O STJ ⁵² seguiu os entendimentos dos juízos *a quo*, no sentido de ressaltar que a parte Recorrente não conseguiu provar que, quando foi feito o depósito da marca RYDER pela empresa Ryder Serviços e Locações de Veículos Ltda. e concedido seu registro junto ao INPI em 10/11/1976, a Recorrida tinha conhecimento da existência da já citada marca.

Por esse motivo, o pedido para anular o registro de marca RYDER em face de Ryder Serviços e Locação de Veículos Ltda. estava prescrito com fundamento no artigo 174 da LPI, pois em sua literalidade ele afirma que "prescreve em cinco anos a ação para declarar a nulidade do registro, contados da data da sua concessão".

O apontamento interessante nessa decisão consta de um voto divergente, no qual é declarado que a autora do recurso (a empresa Ryder System, Inc.), não teria a obrigação de provar o conhecimento de sua marca pela recorrida, ao contrário, deveria apenas provar que havia todos os meios possíveis para a recorrida ter conhecimento do signo ora aludido, especialmente, naquele ramo específico de mercado.

No referido voto também foi ressaltado a existência da prova pericial no caso concreto. Frente o relatório apresentado, o perito, quando perguntado pelo representante do INPI se haveria elementos suficientes para evidenciar que a Ré poderia ter conhecimento da existência da atividade da Autora, à época do depósito da marca no INPI, respondeu de forma positiva, inclusive, afirmou que junto à literatura especializada o nome RYDER já era de amplo conhecimento e prestígio internacional, sendo um líder no mercado, ademais, ainda trouxe à baila a existência de premiações internacionais no nome da Autora.

Cabe esclarecer que a Ryder System, Inc., é uma empresa americana que fornece produtos para gerenciar cadeias de transportes e é bastante conhecida por sua frota de caminhões de aluguel. Na demanda supracitada foi alegado que esta empresa tem a marca e o nome empresarial da maior multinacional de transportes do mundo.

⁵² STJ , REsp 1.3306.335/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 25/04/2017, DJe 16/05/2017.

Em sequência, o segundo caso envolve questões de reconhecimento da notoriedade e alegação de litigância de má-fé. Trata-se de demanda em que duas empresas do segmento de alimentação disputaram a propriedade exclusiva do signo “RAMIREZ”. O início da situação se deu quando a empresa brasileira ARTACO COMÉRCIO INTERNACIONAL DE CEREAIS LTDA. fez o pedido junto ao INPI de registro da marca “RAMIREZ”. Enquanto o pedido tramitava perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, a empresa portuguesa RAMIREZ E CIA FILHOS LTDA. interpôs recurso também junto a já citada autarquia requerendo o indeferimento do registro do sinal distintivo “RAMIREZ” realizado pela ARTACO.

O recurso foi provido, pois o INPI entendeu que a marca em questão era tradicional e notoriamente conhecida no seu ramo de atividade, fato este que a tornava protegida segundo estabelecido na Convenção da União de Paris, artigo 6, bis. Inconformada, a empresa ARTACO ajuizou ação para anular o ato que indeferiu o registro da já citada marca, em face do INPI e da empresa RAMIREZ E CIA FILHOS LTDA.

Nessa ação, além do pedido de anulação do ato que indeferiu o pedido de registro de marca pela parte Autora, a Ré alegou o reconhecimento de litigância de má-fé realizada por parte da Autora. Assim, a magistrada entendeu pela improcedência do pedido de anulação, bem como pelo não reconhecimento da litigância de má-fé. Insatisfeitas, as duas partes apelaram para o Tribunal Regional Federal (TRF) da 2º Região.

A empresa ARTACO argumentou em sua apelação que o fato de a marca “RAMIREZ” estar registrada em alguns países da Europa, não garante sua notoriedade e nem a proteção especial dada pela CUP em seu artigo 6º, bis, pois esta deveria estar depositada no Brasil para ser protegida. Ademais, aponta a inexistência de concorrência desleal, pois a empresa recorrida não atua no mercado brasileiro.

O INPI, em suas contrarrazões, alegou ser evidente a notoriedade da citada marca, além de entender pela existência da concorrência desleal, visto que, a apelante mantinha relações comerciais com a empresa recorrida desde 1987, pelo fato de importar produtos por ela assinalados.

A empresa RAMIREZ também apresentou suas contrarrazões e demonstrou que restou comprovada no feito a notoriedade de sua marca registrada no país de origem, Portugal, desde 1923, além de ser o patronímico de seus sócios fundadores.

Além das contrarrazões, a empresa RAMIREZ E CIA FILHOS LTDA. apresentou apelação ao TRF 2º Região. Na apelação protestou pela reforma da sentença, na questão

envolvendo a litigância de má-fé, pois entendia que o fato de ter sido a ARTACO sua representante no Brasil, pois ela importava e vendia produtos com a marca “RAMIREZ”, demonstravam a sua má-fé em buscar o registro e monopólio da marcar. Ademais, apontou que por ser registrada há mais de 80 anos, referida marca não poderia ser objeto de registro por outra pessoa.

Em resposta, o TRF 2º Região, por sua 3º Turma⁵³, decidiu por reconhecer a notoriedade da marca “RAMIREZ”, contudo, assim como no juízo a *quo* não prestigiou a acusação de litigância de má-fé, dado que os magistrados entenderam pela inexistência do cumprimento de todo os requisitos para tanto, pois os atos praticados pela empresa ARTACO não trouxeram dolo ao trâmite processual ou prejuízo daí decorrente para caracterizar a litigância de má-fé.

O terceiro caso envolve a marca de uma das maiores lojas de departamento do mundo, isto é, a empresa *Harrods Limited*. Na ação que teve como partes a ex-distribuidora e representante da *Harrods Limited* em Buenos Aires, a empresa Harrods Buenos Aires LTD, na qualidade de autora e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial junto com a empresa *Harrods Limited* como réus, foi buscado o reconhecimento de nulidade dos atos administrativos praticados pelo INPI.

Ocorreu que o Instituto Nacional de Propriedade Industrial acolheu impugnação apresentada pela empresa britânica *Harrods Limited*, para anular atos que concederam o registro marcário à autora para a marca mista HARRODS, o que fez com que a empresa Harrods Buenos Aires LTD pedisse a anulação desse ato administrativo praticado pelo o INPI, e também de anulação dos registros obtidos pela *Harrods Limited* para marca HARRODS e, por fim, sobrestar os pedidos de registro realizado pela *Harrods Limited* para o sinal distintivo misto HARRODS.

Nesse sentido, o juízo da 37º Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro julgou parcialmente procedente os pedidos feitos na inicial, fato contra o qual uma das rés resolveu apelar. A *Harrods Limited* apelou para o Tribunal Regional de 2º Região, contudo, após o provimento do recurso, julgou improcedente o pedido inicial e reconheceu o direito da apelada de buscar por via própria, o ressarcimento devido pela retomada de suas marcas pois, de boa-fé, registrou-a. Frente essa mudança a apelada interpôs Recurso Especial.

⁵³ TRF 2ª Região, 3ª Turma, AC 98.02.18819-0, Relator Juiz Paulo Freitas Barata, julgado em 04/11/2003, DJ de 21/11/2003.

Desta forma, foram apresentadas as contrarrazões pela empresa *Harrods Limited*, a qual argumentou que quando a empresa Harrods Buenos Aires LTD depositou seu pedido de registro de marca em 1985 o vínculo entre elas já tinha acabado, o que ocorreu em 1963, ademais, a empresa *Harrods Limited* teve reconhecido pelo INPI a notoriedade de sua marca, HARRODS, no Brasil e a prevalência do direito advindo de seu nome comercial, cuja constituição data de 1849. Com isso, o STJ proferiu decisão ⁵⁴ no sentido de reconhecer a notoriedade da marca HARRODS.

Um fato de suma importância que chama a atenção no julgamento e no caso concreto em si, guarda referência direta com a decisão que decidiu pela proteção da marca. No voto apresentado o julgador apontou que a marca possui um longo período de vivência, permitindo a sua imponência no mercado e o seu alto valor frente o sinal distintivo das demais lojas de departamento. Frente tal consideração, uma marca notória com essa envergadura pode levar à concorrência desleal e ao enriquecimento sem causa em razão de seu aproveitamento parasitário.

Igualmente, houve discussão acerca da titularidade da marca mista HARRODS, que pertence originalmente à loja de departamento da empresa *Harrods Limited*, fundada em 1849, em Londres. Enquanto, sua ex-representante e distribuidora, a Harrods Buenos Aires LTD, empresa constituída em 1913 pela empresa inglesa já citada, registrou o nome HARROD no Brasil sem permissão do titular violando o disposto no artigo 6º, *septies*, da Convenção.

Com isso, é preciso ressaltar que, mesmo que a empresa *Harrods Limited* não tivesse registrado sua marca no Brasil, o fato de sua notoriedade ser tamanha e fazer parte de um país unionista, ou seja, signatário da Convenção da União de Paris (CUP), essa empresa detém a total liberdade e direito de questionar o registro de sua marca feito aqui no Brasil por outra pessoa que não seja ela mesma, garantidos pelo artigo 6º, *bis*, da CUP e artigo 126 da Lei da Propriedade Industrial.

CONCLUSÃO

Frente o desenvolvimento do presente estudo, cuja construção se realizou a partir do método dedutivo, houve a possibilidade de tratar e discutir acerca das particularidades envolvendo a marca, em um aspecto geral, e a marca notoriamente conhecida, como aspecto

⁵⁴ STJ, REsp 1190341/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta turma, julgado em 05/12/2013, DJe 28/02/2014.

específico, bem como, discutir as causas ou razões para a sua proteção no Brasil e sua importância junto ao Direito e a Economia frente o mercado, pois é o sinal distintivo um dos bens da propriedade industrial, cuja função secundária é resguardar a livre concorrência e o consumo acarretando em ganhos econômicos para todas as partes envolvidas na relação jurídica.

Nesse sentido, verificou-se que frente o ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 9.279/96 aponta o conceito de marca notoriamente conhecida bem como determinar a execução de todo o procedimento de depósito até o seu efetivo registro, ademais, há a proteção advinda dos tratados ratificados pelo Brasil, sendo eles, a Convenção da União de Paris (CUP) e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIP).

Importante ressaltar que alguns conceitos, como o de marca e marca notória precisam ser ventilados, pois a atual compreensão de marca notoriamente conhecida nem sempre existiu no cenário brasileiro, o antigo Código de Propriedade Industrial de 1971 combinava ela com a marca de alto renome, estipulando que era apenas um tipo. Portanto, a separação e delimitação do tema permite a compreensão da diferença e da vigência, além da proteção e garantia desses dois institutos.

Desse modo, fez-se necessário, nas primeiras linhas do trabalho, conceituar o que é uma marca, sua função e suas classificações e relevância, para depois adentrarmos na análise do seu conceito e funcionamento da proteção da marca notoriamente conhecida sob a égide do direito brasileiro e internacional.

Assim, observamos que uma marca é um sinal distintivo visualmente perceptível, que não esteja entre as proibições legais. Ela pode ser especificada quanto ao uso enquanto uma marca de produtos ou serviço, uma marca coletiva e/ou uma marca de certificação. Já quanto a sua composição podem ser estipuladas como sendo nominativas, figurativas, mistas ou tridimensionais.

Afora isso, tem-se em voga que a marca notória não é especificação de sinal distintivo, ela pode se encaixar em qualquer uma dessas classificações, contudo seu diferencial encontra-se na sua proteção.

Com isso é compreensível o porquê das marcas serem tão relevantes em um cenário de comércio e indústria como o nosso, pois, com sua função de distinguir produtos e serviços de outros semelhantes, ela fomenta a competição saudável, tendo em vista que os produtores fazem questão de tornar sua marca o “cartão postal” de seus produtos e serviços, tornando-os

diferentes dos demais, pois almejam conquistar o consumidor e se manter no mercado, frente o lucro, objetivo principal de todo o trabalho desempenhado por ele.

Igualmente, demonstrou-se que a proteção dessa propriedade imaterial para o empresário ganha enorme significado no mercado capitalista, pois, quando uma marca se estabelece no mercado, ela pode se tornar o bem mais valioso de um empresário, por esse motivo muitos acabam licenciando e comercializando sua própria marca junto a outros empresários.

Portanto, é importante atenção quanto à diferença entre a marca de alto renome e a marca notoriamente conhecida, relação feita e delimitada nesta pesquisa frente a constatação de que as duas gozam de notoriedade, mas, na realidade, distinguem-se em alguns aspectos, como, por exemplo, a primeira é uma exceção ao princípio da especialidade, ou seja, sua proteção abrange todos os ramos de atividade, enquanto a segunda só é protegida em sua atividade específica, contudo a marca notoriamente conhecida excede ao princípio da territorialidade, ou seja, ela é protegida em todos os países signatários da CUP.

Outra diferença existente entre elas é que a marca de alto renome pra ser protegida, no Brasil, precisa estar registrada junto ao INPI, enquanto a marca notoriamente conhecida tem o registro no Brasil dispensável para a sua proteção. E essa proteção especial existe para barrar o enriquecimento sem causa, já que as marcas notoriamente conhecidas têm um valor distintivo muito alto, causando a atração de um grande número de clientes.

Por isso que o titular de uma marca de alto renome tem grande apressa pela proteção dela. Muitas empresas têm, em seu sinal distintivo a garantia da qualidade e origem de seu produto ou serviço, que são abraçados pelo público consumidor, fator ímpar para sua manutenção no mercado.

Em deslinde, referido estudo acerca da legislação brasileira aplicada sobre o direito marcário e suas garantias, demonstra que o direito sobre os sinais distintivos além de garantir a mácula da atividade empresária, acaba exercendo uma influência positiva para possíveis investidores. Ademais, quanto ao fator, segurança jurídica, demonstrou-se como esse direito é aplicado através de julgados das cortes superiores, atribuindo maior relevância à proteção da marca notoriamente conhecida, tendo em vista sua magnitude jurídica, econômica e, portanto, seu resguardo especial.

REFERÊNCIAS

AAKER, David A. **Marcas: Brand Equity gerenciando o valor da marca**. Tradução de André Andrade. 11ª reimpressão. São Paulo: Elsevier, 1998.

BARBOSA, Denis Borges. **Sobre a noção jurídica e econômica de marca**. Disponível em <https://scholar.google.com.br/citations?user=NcEdTLYAAAAJ&hl=pt-BR&oi=sra>. Acesso em 01 mar 2018.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito da Propriedade Intelectual**, Evocati: Aracaju, 2007.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes**, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 16 fev 2019.

BRASIL. **Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994**. Promulgo a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm Acesso em 16 fev 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.772 de 21 de dezembro de 1971**. Institui o Código de Propriedade Industrial, e dá outras providências. Revogada pela Lei nº 9.279 de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5772.htm. Acesso em 29 out 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm Acesso em 16 fev 2019.

BRASIL. **Resolução 107-2013 de 19-08-2013**. Estabelece a forma de aplicação do disposto no art. 125 da Lei nº 9.279/1996. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/legislacao-arquivo/docs/resolucao-107-2013-de-19-08-2013-estabelece-a-forma-de-aplicacao-do-disposto-no-art-125-da-lei-no-9-2791996.pdf/view> Acesso em 16 fev 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1190341/RJ**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta turma, julgado em 05/12/2013, DJe 28/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.3306.335/RJ**, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 25/04/2017, DJe 16/05/2017.

BRASIL. TRF 2º Região. 3º Turma. **AC 98.02.18819-0**. Relator Juiz Paulo Freitas Barata, julgado em 04/11/2003, DJ de 21/11/2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

CONVENÇÃO de Paris para a proteção da propriedade industrial de março de 1883. Disponível em <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/cup.pdf> Acesso em 16 fev 2019.

CORREA, José Antônio B.L. Faria. **O tratamento das marcas de alto renome e das marcas notoriamente conhecidas na Lei 9.279/1996**. Revista da ABPI nº 28. São Paulo: maio-junho 1997.

MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**, volume 1: teoria geral da empresa e direito societário. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINHO, José Benedito. **O poder das marcas**, São Paulo: Summus editorial, 1996.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. **A distintividade das marcas: Secondary Meaning, Vulgarização e Teoria da Distância**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SINGER, Paul. **Aprender economia**. São Paulo: Contexto, 2002.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Empresarial sistematizado: doutrina e prática**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Teoria geral e direito societário**, v. 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OS IMPACTOS DA LEI DE BIODIVERSIDADE NA PESQUISA
THE IMPACTS OF THE BIODIVERSITY LAW ON RESEARCH

Ricardo Gomes Figueiroa¹

<http://orcid.org/0000-0002-4491-765X>

Raissa De Luca Guimarães²

<https://orcid.org/0000-0002-9083-816X>

Vasco Ariston de Carvalho Azevedo³

<http://orcid.org/0000-0002-4775-2280>

RECEBIDO 19/04/2019

APROVADO 22/04/2019

PUBLICADO 28/03/2019

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

¹ Graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2004). Pós-graduado em Direito Público pela Newton Paiva (2007). Mestrando em Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual. Procurador do Município de Ribeirão das Neves. Advogado. Membro da Comissão de Direito da Lei Geral de Proteção de Dados da OABMG. Contato e-mail: advfigueiroa@yahoo.com.br. Instituição de Ensino afiliado: Universidade Federal de Minas Gerais. Endereço: Avenida Antônio Carlos, 6627, Pampulha, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, CEP 31270-901. Telefone: (31) 34092610, identificadores do ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4491-765X>, Link do Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/7129327213315268>.

² Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos (2006) e graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Coordena o Setor de Propriedade Intelectual da Universidade Federal de Minas Gerais, onde trabalha desde 2007. Mestre em Inovação Tecnológica e Biofarmacêutica pela UFMG. Atualmente é doutoranda do Doutorado em Inovação Tecnológica e Biofarmacêutica. Contato: raissadelucag@gmail.com. Instituição afiliada: Setor de Gestão de Propriedade Intelectual da Universidade Federal de Minas Gerais. Av. Antônio Carlos, 6627, UA II, sala 2012, Pampulha, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, CEP 31270-901. Telefone:(31)3409-3932. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9083-816X>. Currículo lattes <http://lattes.cnpq.br/0996386325284188>.

³ Professor titular e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Bioinformática da UFMG. Possui graduação em Medicina Veterinária pela Escola de Medicina Veterinária da Universidade Federal da Bahia (1986), mestrado (1989) e doutorado (1993) em Genética de Microrganismos pelo Institut National Agronomique Paris Grignon. Pós-doutorado pelo Departamento de Microbiologia da Escola de Medicina da Universidade da Pensilvânia (EUA, 1994). Livre-Docente pelo Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo (2004). Foi Presidente do comitê assessor da área de Ciências Biológicas e agrárias da Pró-reitoria de Pesquisa da UFMG, membro titular do Comitê de Internacionalização da UFMG de 2007-2010 e coordenador do Programa de Pós-Graduação em Genética do Departamento de Biologia Geral do ICB/UFMG de outubro de 2006 até abril de 2010. Contato e-mail: vascoariston@gmail.com. Instituição de Ensino afiliado: Departamento de Genética, Ecologia e Evolução do Instituto de Ciências Biológicas da Universidade Federal de Minas Gerais. Endereço: Avenida Antônio Carlos, 6627, Pampulha, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, CP 486, CEP 31270-901, Telefone: (31) 34092610, identificadores do ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4775-2280>, Link do Currículo Lattes <http://lattes.cnpq.br/1020477751003832>, [googleacademico:scholar.google.com.br/citations?user=IadP2xIAAAAJ&hl=pt-BR](https://scholar.google.com.br/citations?user=IadP2xIAAAAJ&hl=pt-BR).

Resumo

O Brasil no ano de 2015 aprovou a lei 13123/2015 que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, bem como a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade. A lei 13123/2015 revogou a Medida Provisória nº 2.186-16 de 23 de agosto de 2001 que, durante quinze anos, foi o marco legal da matéria. A lei surge como uma tentativa de simplificar os procedimentos para pesquisa e desenvolvimento de tecnologias utilizando biodiversidade do país. Nesse sentido, o presente artigo tem como escopo a análise da lei da biodiversidade brasileira, notadamente quanto aos entraves burocráticos criados à ciência pelo SisGen, que é o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado. Algumas alternativas para se mitigar os impactos causados à ciência e ao desenvolvimento tecnológico pela nova legislação estão sendo discutidas no âmbito político, empresarial e acadêmico, sendo certo que as discussões nas câmaras temáticas, indubitavelmente, constituem a forma mais eficiente de interpretação dos conceitos, bem como se mostra como verdadeiro órgão de aproximação e conciliação das propostas dos setores envolvidos. A metodologia a ser utilizada é a pesquisa descritiva e exploratória, baseadas na literatura, em estudos de casos, análise histórica, entrevistas com os pesquisadores e demais usuários do Sistema que detenham conhecimento sobre o tema. A construção equilibrada e paritária da interpretação referente à lei 13.123/2015, devidamente articulada para uma maior efetividade à proteção do patrimônio genético e para uma maior segurança jurídica dos usuários deve ser o foco principal dos atores envolvidos na efetivação deste marco legal da biodiversidade.

Palavras-chave: Biodiversidade. Impactos da lei 13.123/2015. SisGen. Cadastro. Lacunas da lei. Câmaras setoriais. Normas CGen.

Abstract

Brazil in the year 2015 approved the law 13123/2015 which provides for access to genetic heritage, protection and access to associated traditional knowledge, as well as the sharing of benefits for conservation and sustainable use of biodiversity. Law 13123/2015 revoked Provisional Measure 2,186-16 of August 23, 2001, which for fifteen years was the legal framework of the matter. The law appears as an attempt to simplify procedures for research and

development of technologies using biodiversity in the country. In this sense, the scope of this article is the analysis of the Brazilian biodiversity law, particularly with regard to the bureaucratic obstacles created to science by SisGen, which is the National System for the Management of Genetic Heritage and Associated Traditional Knowledge. Some alternatives to mitigate the impacts caused to science and technological development by the new legislation are being discussed in the political, business and academic spheres, and it is certain that the discussions in the thematic chambers are undoubtedly the most efficient way of interpreting the concepts, as well as constituting a true body for approximation and conciliation of the proposals of the sectors involved. The methodology to be used is descriptive and exploratory research, based on literature, case studies, historical analysis, interviews with researchers and other users of the System who are knowledgeable on the subject. The balanced and parity construction of the interpretation referring to the law 13.123/2015, duly articulated for a greater effectiveness to the protection of the genetic patrimony and for a greater legal security of the users should be the main focus of the actors involved in the effectiveness of this legal framework of biodiversity. **Keywords:** Biodiversity. Impacts of law 13.123/2015. SisGen. Cadastre. law Lacunae. Sector chambers. CGen standard.

Resumen.

En el 2015, Brasil aprobó la Ley 13123/2015, que establece el acceso al patrimonio genético, a la protección y al conocimiento tradicional asociado, así como a la distribución de beneficios para la conservación y uso sostenible de la biodiversidad. Esta Ley revocó la Medida Provisional N° 2.186-16 del 23 de agosto del 2001, la cual, durante quince años fue el marco legal del asunto. La ley surge como un intento de simplificar los procedimientos de investigación y de desarrollo de tecnologías que utilizan la biodiversidad del país. En este contexto, este artículo tiene como objetivo analizar la ley brasileña de biodiversidad, particularmente en lo que se refiere a su "primera obligación", la cual está determinada por el registro y por la regularización de las actividades desarrolladas a partir del 30 de junio del año 2000, para los usuarios que realizaron acceso al patrimonio genético. La fecha límite para dicha regularización es un año, a partir de la fecha de disponibilidad propuesta por el SisGen, que es el Sistema Nacional para la Gestión del Patrimonio Genético y los Conocimientos Tradicionales Asociados.

Algunas alternativas para mitigar los impactos causados a la ciencia y el desarrollo tecnológico por la nueva legislación son discutidos en las esferas política, empresarial y académica, PIDCC, Aracaju/Se, Ano IX, Volume 01 nº 02, p.026-042 Junho/2020 | www.pidcc.com.br

garantizando que las discusiones en las cámaras temáticas constituyan un modo más eficiente de interpretación de los conceptos; además de exhibirse como un verdadero órgano de aproximación y conciliación de las propuestas de todos los sectores involucrados. La metodología empleada en la investigación descriptiva y exploratoria fue basada en: estudios de casos, análisis históricos, entrevistas con investigadores y otros usuarios del sistema conedores de la temática propuesta. La construcción equilibrada e igualitaria de la interpretación que hace referencia a la Ley N° 13.123 / 2015, articulada adecuadamente para una mayor efectividad en la protección del patrimonio genético y para una mayor seguridad jurídica para los usuarios, o cual debería ser el foco principal de los actores involucrados en la implementación de este marco legal para la biodiversidad.

Palabras clave: Biodiversidad. Impactos de la ley 13.123 / 2015. SisGen. Registro. Lagunas presentes en la actual ley. Cámaras sectoriales. Resoluciones.

1. INTRODUÇÃO

A biodiversidade brasileira em razão da imensidão de riquezas exploradas e inexploradas é destaque no cenário nacional e internacional e tem chamando a atenção de pesquisadores, empresas e da classe política que pretendem permear a exploração destes recursos visando o crescimento econômico e social do país.

O Brasil ao se tornar signatário da Convenção Sobre Diversidade Biológica, Eco-92, que é um tratado internacional multilateral que trata da proteção e do uso da diversidade biológica em cada país signatário, publicou o decreto legislativo nº 2 de 1994 que regulamentou a matéria.

A convenção consignou três objetivos principais, quais sejam: a conservação da diversidade biológica (ou biodiversidade), o seu uso sustentável e a distribuição justa e equitativa dos benefícios advindos do uso econômico dos recursos genéticos, respeitada a soberania de cada nação sobre o patrimônio existente em seu território.

Os debates sobre os cuidados com os biomas brasileiros são de extrema importância atualmente e fundamentais para demonstrar que as maiores perdas do país ocorrem pela utilização ilegal dos recursos genéticos, recursos estes de importância ímpar para o desenvolvimento do país.

Após um famoso caso de biopirataria (BioAmazônia x Novartis Pharma) foi promulgada a medida provisória 2052/2000 e depois seguida da medida provisória 2186-01/2001 que se tornou o marco legal sobre a matéria até a publicação da lei 13.123/2015, que dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional

associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

Na data de 12 de maio de 2016 foi publicado o Decreto nº 8.772/2016 que regulamenta a Lei nº 13.123/2015. Dentre outras disposições, institui em seu artigo 20, o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético (SisGen) para cadastramento eletrônico e on-line, de natureza declaratória, das atividades de acesso e remessa do patrimônio genético e de acesso ao conhecimento tradicional associado.

Intensa discussão prepondera no meio acadêmico no que tange aos entraves burocráticos criados pela lei 13.123/2015 e seu respectivo decreto nº 8.772/2016, em seus vários aspectos, sendo que, da forma como inserida na legislação, as instituições de pesquisas podem experimentar um retrocesso na pesquisa brasileira.

A metodologia a ser utilizado é a pesquisa descritiva e exploratória, baseados na pesquisa da literatura, em estudos de casos, nas resoluções e orientações técnicas dos órgãos competentes. As principais fontes de pesquisa foram o site do Ministério do Meio Ambiente, SisGen, CGen, Fundação Fiocruz e artigos sobre o tema, as palavras chaves foram Lei da biodiversidade, lei 13123/2015, decreto 8772/16.

2. LEI DA BIODIVERSIDADE.

O novo marco legal da biodiversidade, constituído da Lei 13.123/2015, tem a missão de promover o uso sustentável da biodiversidade brasileira e trazer segurança jurídica aos seus usuários.

Esta lei dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.

O uso sustentável da biodiversidade é hoje considerado como o fundamento da bioeconomia. A ausência de políticas públicas para o uso sustentável da biodiversidade implica em negligenciar a pesquisa brasileira, tornando suas instituições obsoletas e renunciando a um ativo de alto potencial econômico.

É fato público e notório que a indústria se interessa cada dia mais em ampliar investimentos no uso da biodiversidade.

Segundo artigo publicado⁴ pela Confederação Nacional da Indústria -CNI, em 2018, as recomendações da Indústria para investimento em biodiversidade são pautadas em três pilares, simultaneamente desenvolvidos:

- 1) Ecossistemas de inovação: produção de conhecimento e de condições de uso desse conhecimento para o desenvolvimento de bens baseados na biodiversidade.
- 2) Agregação e apropriação de valor: desenvolvimento produtivo, pela indústria, de bens baseados na biodiversidade em segmentos tais como alimentos, farmacêutico, cosméticos, home care, energia, entre outros.
- 3) Segurança jurídica e operacional: aperfeiçoamento do marco legal e infralegal, que ofereça condições favoráveis para o investimento produtivo.

No mesmo relatório apresenta as recomendações, quais sejam:

- 1) Desenvolver linhas e instrumentos de financiamento e estimular capital de risco para empreendimentos que fazem uso sustentável da biodiversidade.
 - 2) Fomentar P&D nos diversos estágios do desenvolvimento de novos bens e serviços baseados em recursos da biodiversidade.
 - 3) Criar e fortalecer a marca Biodiversidade Brasileira.
 - 4) Elaborar documentos normalizadores e orientadores para as empresas e Instituições de Pesquisa Científica e Tecnológica (ICTs), de forma a disseminar regras balizadoras dos investimentos em pesquisa e em inovação e desenvolvimento produtivo.
 - 5) Capacitar e alinhar os órgãos fiscalizadores e os usuários de recursos da biodiversidade (empresas, ICTs e usuários internacionais).
 - 6) Estabelecer metodologias e critérios de reconhecimento de Conhecimento Tradicional Associado - CTA.
 - 7) Disseminar métodos de valoração da biodiversidade, de forma a facilitar a mensuração econômica desses recursos para apoiar a decisão de investimentos.
 8. Alinhar os marcos regulatórios nacionais aos internacionais – particularmente ao Protocolo de Nagoya, que coloca regras de acesso e uso de recursos da biodiversidade entre países – bem como melhorar o canal de comunicação entre os atores envolvidos.
- (fonte: CNI 2018)

Neste desiderato, em uma hipótese concreta, torna-se imprescindível definir os riscos e consequências que a lei 13123/2015 poderá ocasionar à produção científica e das instituições públicas de pesquisa no Brasil e ao desenvolvimento tecnológico do país em geral.

A academia, as empresas e os gestores públicos brasileiros vêm debatendo sobre os diversos pontos de vista, jurídico, ambiental, político e econômico, acerca da preservação do patrimônio genético do país e a forma sustentável de melhor desenvolvê-lo e criar um ambiente favorável ao seu crescimento.

Destarte, as razões que justificam a presente pesquisa perpassam pela necessária conceituação e delimitação dos temas abordados, bem como as formas de dirimir e ou minimizar os impactos negativos da legislação da biodiversidade na evolução da ciência brasileira.

⁴disponível em https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/49/d4/49d41614-5bc7-400f-5f8-c3e37481479a/biodiversidade_web.pdf

2.1 - Os obstáculos enfrentados para o cadastramento das atividades de acesso ao patrimônio genético no SisGen -sistema nacional gestão patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado.

Nos termos do artigo 3º da Lei 13.123/2015, o acesso ao patrimônio genético para fins de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico e a exploração econômica proveniente serão precedidos de cadastro, autorização ou notificação e serão submetidos a fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Lei e no seu regulamento.

O artigo 11 da lei 13.123/2015 prevê que estão sujeitas a esta lei o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, a remessa para o exterior de amostras de patrimônio genético e a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado realizado após a vigência desta Lei.

Nos termos do artigo 12 da lei 13.123/2015 estão sujeitas ao cadastramento as seguintes atividades, senão vejamos:

Art. 12. Deverão ser cadastradas as seguintes atividades:

I - acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado dentro do País realizado por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada;

II - acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado por pessoa jurídica sediada no exterior associada a instituição nacional de pesquisa científica e tecnológica, pública ou privada;

III - acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado realizado no exterior por pessoa natural ou jurídica nacional, pública ou privada;

IV - remessa de amostra de patrimônio genético para o exterior com a finalidade de acesso, nas hipóteses dos incisos II e III deste **caput**; e

V - envio de amostra que contenha patrimônio genético por pessoa jurídica nacional, pública ou privada, para prestação de serviços no exterior como parte de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico.

§ 1º O cadastro de que trata este artigo terá seu funcionamento definido em regulamento.

§ 2º O cadastramento deverá ser realizado previamente à remessa, ou ao requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual, ou à comercialização do produto intermediário, ou à divulgação dos resultados, finais ou parciais, em meios científicos ou de comunicação, ou à notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso.

§ 3º São públicas as informações constantes do banco de dados de que trata o inciso IX do § 1º do art. 6º, ressalvadas aquelas que possam prejudicar as atividades de pesquisa ou desenvolvimento científico ou tecnológico ou as atividades comerciais de terceiros, podendo ser estas informações disponibilizadas mediante autorização do usuário.

A lei 13.123/2015, em seus artigos 35 a 38, traz em seu arcabouço os procedimentos para adequação e regularização das atividades em desacordo com a MP 2186-16/2001. (site planalto lei 13.123), quais sejam:

Art. 35. O pedido de autorização ou regularização de acesso e de remessa de patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado ainda em tramitação

na data de entrada em vigor desta Lei deverá ser reformulado pelo usuário como pedido de cadastro ou de autorização de acesso ou remessa, conforme o caso.

Art. 36. O prazo para o usuário reformular o pedido de autorização ou regularização de que trata o art. 35 será de 1 (um) ano, contado da data da disponibilização do cadastro pelo CGen.

Art. 37. Deverá adequar-se aos termos desta Lei, no prazo de 1 (um) ano, contado da data da disponibilização do cadastro pelo CGen, o usuário que realizou, a partir de 30 de junho de 2000, as seguintes atividades de acordo com a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001:

I - acesso a patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado;

II - exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso a patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.

Parágrafo único. Para fins do disposto no **caput**, o usuário, observado o art. 44, deverá adotar uma ou mais das seguintes providências, conforme o caso:

I - cadastrar o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado;

II - notificar o produto acabado ou o material reprodutivo objeto da exploração econômica, nos termos desta Lei; e

III - repartir os benefícios referentes à exploração econômica realizada a partir da data de entrada em vigor desta Lei, nos termos do Capítulo V, exceto quando o tenha feito na forma da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.

Art. 38. Deverá regularizar-se nos termos desta Lei, no prazo de 1 (um) ano, contado da data da disponibilização do Cadastro pelo CGen, o usuário que, entre 30 de junho de 2000 e a data de entrada em vigor desta Lei, realizou as seguintes atividades em desacordo com a legislação em vigor à época:

I - acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado;

II - acesso e exploração econômica de produto ou processo oriundo do acesso a patrimônio genético ou a conhecimento tradicional associado, de que trata a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001;

III - remessa ao exterior de amostra de patrimônio genético; ou

IV - divulgação, transmissão ou retransmissão de dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado.

§ 1º A regularização de que trata o **caput** está condicionada a assinatura de Termo de Compromisso.

§ 2º Na hipótese de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado unicamente para fins de pesquisa científica, o usuário estará dispensado de firmar o Termo de Compromisso, regularizando-se por meio de cadastro ou autorização da atividade, conforme o caso.

§ 3º O cadastro e a autorização de que trata o § 2º extinguem a exigibilidade das sanções administrativas previstas na Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, e especificadas nos arts. 15 e 20 do Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005, desde que a infração tenha sido cometida até o dia anterior à data de entrada em vigor desta Lei.

§ 4º Para fins de regularização no Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI dos pedidos de patentes depositados durante a vigência da Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, o requerente deverá apresentar o comprovante de cadastro ou de autorização de que trata este artigo.

O SisGen, criado com o objetivo de auxiliar o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético – CGen – na gestão do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado, atualmente, constitui um dos pontos mais polêmicos da legislação, enfrentando muitas e acirradas discussões no meio acadêmico, empresarial e político.

O aludido sistema foi instituído pelo decreto 8772/16 e implementado pela Portaria SECEX/CGEN nº 1, de 3 de outubro de 2017 passando a operar, na data de 06 de novembro de 2017, permitindo, assim, aos seus usuários as seguintes situações:

- a) do cadastro de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, como também do cadastro de envio de amostra que contenha patrimônio genético para prestação de serviços no exterior;
- b) do cadastro de remessa de amostra de patrimônio genético e do Termo de Transferência de Material;
- c) das autorizações de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado e de remessa ao exterior, para os casos de que trata o art. 13 da Lei nº 13.123, de 2015;
- d) do credenciamento das instituições mantenedoras das coleções **ex situ** que contenham amostras de patrimônio genético;
- e) das notificações de produto acabado ou material reprodutivo e dos acordos de repartição de benefícios; e
- f) dos atestados de regularidade de acesso.

O aludido cadastramento prevê ainda a obrigatoriedade de prévia informação ao sistema para remessa de patrimônio genético, do requerimento de qualquer direito de propriedade intelectual, da comercialização do produto intermediário, da divulgação dos resultados, finais ou parciais, em meios científicos ou de comunicação ou a notificação de produto acabado ou material reprodutivo desenvolvido em decorrência do acesso.

Entre 30 de junho de 2000 e 16 de novembro de 2015 quem desenvolveu pesquisa científica ou realizou desenvolvimento tecnológico oriundo de acesso a patrimônio genético brasileiro e/ou conhecimento tradicional associado, acessou e explorou economicamente produto ou processo oriundo de acesso a patrimônio genético brasileiro e/ou conhecimento tradicional associado, remeteu ao exterior amostra de patrimônio genético brasileiro ou divulgou, transmitiu ou retransmitiu dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado em desacordo com a legislação em vigor à época (medida provisória 2.186-16, de 23 de agosto de 2001), tem o **prazo de 1 (um) ano**, contados da data da disponibilização do SisGen para se regularizar.

Trata-se do termo previsto na nova lei da biodiversidade brasileira, lei 13.123, em vigor desde 17 de novembro de 2015, e regulamentada pelo decreto 8.772, de 11 de maio de 2016, que condicionou o prazo de regularização à data de disponibilização do SisGen, o Sistema Nacional de Gestão do Patrimônio Genético e do Conhecimento Tradicional Associado, sob controle do CGen (Conselho de Gestão do Patrimônio Genético).

Importante lembrar que quem realizou as atividades objeto do escopo da lei entre 17/11/2015 (entrada em vigor da lei) e 05/11/2017 (dia anterior a implementação e disponibilidade do SisGen) também devem promover a regularização de suas pesquisas.

Obrigatório é, portanto, agora com a lei em vigor e o SisGen implementado, o cadastro, das atividades de acesso, remessa, notificação de produto etc., após a data de 06 de novembro de 2017, estando obrigado integralmente aos preceitos da lei e do decreto.

A obrigatoriedade do cadastro, a dificuldade de interpretação dos conceitos da lei a falta de uma implementação efetiva do sistema (SisGen II que ainda sendo desenvolvido) vem atrasando as pesquisas e em muitos casos fazendo que os pesquisadores desistam de tal pesquisa.

Isto, evidentemente, se torna um desestímulo e um prejuízo não somente aos pesquisadores, mas às Universidades e principalmente ao país, vez que existem vários gargalos e pontos obscuros que somente trazem animosidades desnecessárias e receio de punições aos pesquisadores que preferem interromper suas pesquisas.

Alternativa importante para amenizar esta carga burocráticas aos pesquisadores seria a integração dos sistemas relacionados à biodiversidade deveria ser a tônica dos trabalhos a serem desenvolvidos pelos atores responsáveis (governo), e para que seja eficaz imprescindível o diálogo com a academia e com o setor privado.

A relevância do tema é notória, pois a construção de um sistema integrado, funcional e menos burocrático é imprescindível ao desenvolvimento do país.

Destarte, a discussão com todos os setores envolvidos é de extrema importância para que o país avance na construção equilibrada de uma legislação que possa dar maior efetividade proteção à biodiversidade, à pesquisa, segurança nas relações jurídicas, bem como aplicado avanço tecnológico.

Por derradeiro, importante mencionar que a pesquisa sempre foi e sempre será a esperança de crescimento de uma nação, sendo certo que o direito, como fato social que o é, deve seguir o desenvolvimento da sociedade e não induzir o seu atraso.

2.2 Interferência na pesquisa, o exemplo da UFMG.

Disparatada a obrigação imposta pela lei da biodiversidade de se promover a adequação/regularização/ajuste das atividades praticadas pelos pesquisadores do ano 2000 até a presente dada, ou seja, adequar/regularizar/ ajustar 20 anos de pesquisas, foge totalmente a razoabilidade, bem como impinge obrigações absolutamente onerosa aos pesquisadores e as instituições de pesquisa.

A Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, assim como outras instituições, iniciaram primeiramente os estudos sobre a legislação, promovendo ações no sentido de disseminar o conhecimento sobre o instrumento regulatório para que depois pudessem iniciar os procedimentos para a regularização das atividades praticadas em desacordo com a Medida Provisória 2186-16/2001 e depois conforme preconizam os artigos 35 a 38 da Lei 13123/15.

Especialmente para a regularização das pesquisas que geraram tecnologias que foram depositadas como pedidos de patente no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI,

houve um grande esforço para mobilizar os inventores primeiramente para declararem se, em suas pesquisas, houve ou não acesso ao patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado e depois um segundo esforço pra que se promovesse a cadastramento no SisGen. (fonte: CTIT -UFMG)

Apesar do grande trabalho empenhado, há casos em que o pesquisador não manteve registro sobre todas as pesquisas/atividades, ou não se lembram dos detalhes solicitados. Também se percebe que os pesquisadores ainda têm muitas dúvidas sobre o enquadramento de suas atividades nos conceitos previstos na legislação anterior e sobre a forma de inserção dos dados no novo sistema disponibilizado (SisGen), sendo que não há clareza na MP nem auxílio no esclarecimento das dúvidas por parte do Ministério do Meio Ambiente.

Em outros casos, verificou-se que muitos pesquisadores já haviam falecido e ou se aposentaram e não mais podiam auxiliar, haja vista o grande lapso temporal.

Importante, destacar que a informação de acesso, nos termos da lei da biodiversidade, constitui requisito para a manutenção da patente, implicando em nulidade a ausência do cadastramento. Destarte, assevera-se que a insegurança jurídica criada pela lei e seu respectivo decreto configura nítida violação de direitos e princípios constitucionalmente previstos, na medida que trazem uma carga burocrática descabida e desmesurada, viola direito fundamental não somente daqueles diretamente atingidos, mas de toda a sociedade na medida que o atraso provoca um retrocesso nas pesquisas brasileiras.

3. CONSELHO DE GESTÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO (CGEN) E SUAS CÂMARAS SETORIAIS

O CGen é um órgão colegiado de caráter deliberativo, normativo, consultivo e recursal do Ministério do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 13.123/2015. É um órgão representativo integrado por vinte conselheiros, sendo onze representantes de órgãos da administração pública federal e nove representantes da sociedade civil, conforme disposto no art. 7º do Decreto nº 8.772/2016.

Responsável por coordenar a elaboração e a implementação de políticas para a gestão do acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado e da repartição de benefícios. Com a entrada em vigor da Lei da biodiversidade diversas demandas surgiram encabeçadas por setores da sociedade civil que reivindicaram uma distribuição mais paritária na representação no CGen passando, assim, o setor empresarial, o setor acadêmico, e as populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais terem seus respectivos representantes no órgão.

O conselho possui Câmaras Temáticas e Câmaras Setoriais que subsidiam o Plenário na tomada de suas decisões. Estas Câmaras são constituídas por diversos especialistas, de diversas áreas do conhecimento, responsáveis pelos debates de temas trazidos pela sociedade e relacionados à lei da biodiversidade.

O CGen tem como objetivo principal fazer com que o sistema nacional de acesso e repartição de benefícios seja um instrumento de desenvolvimento social, ambiental, promovendo a conservação da biodiversidade ao lado do desenvolvimento econômico.

Como já exposto, uma das formas de mitigar os impactos negativos da lei 13.123/2015 é justamente através do debate junto às Câmaras setoriais, haja vista ser uma das portas, com reuniões abertas ao público, para as demandas trazidas pelos diversos setores.

Destaca-se, por exemplo, a Câmara Setorial da Academia que tem atribuição para conduzir discussões técnicas e apresentar propostas de interesse do setor acadêmico.

3.1 - Das normas do CGen (resoluções, instruções normativas, orientações técnicas, portarias)

Segundo o manual de elaboração de atos normativos no ministério da justiça e segurança pública⁵ define atos normativos como sendo:

Um ato normativo é uma norma jurídica que estabelece ou sugere condutas de modo geral e abstrato, ou seja, sem destinatários específicos e tratando de hipóteses. Atos normativos, como o próprio nome sugere, têm carga normativa, ou seja, estabelecem normas, regras, padrões ou obrigações. Diferentemente, por exemplo, de uma portaria de nomeação de um servidor em um cargo em comissão, ato de efeito concreto que, embora essencial para garantir a necessária formalidade e publicidade do ato administrativo, não tem carga normativa.

Segundo o mesmo manual Resoluções, Instruções Normativas e Portarias são assim definidas:

Resolução é o ato normativo expedido por colegiado com competência deliberativa estabelecida em ato legal ou infralegal. A depender das atribuições definidas no ato de constituição do colegiado, o alcance desse tipo de uma Resolução pode se estender a atores externos ao Ministério. Resoluções são tipicamente assinadas pela sua instância máxima (por exemplo, o presidente de um conselho).

Instrução Normativa consiste em ato normativo expedido por uma autoridade a seus subordinados, com base em competência estabelecida ou delegada, no sentido de disciplinar a execução de lei, decreto ou regulamento, sem, no entanto, transpor ou inovar em relação à norma que complementa. A Instrução Normativa tipicamente visa a orientar setoriais, seccionais ou unidades descentralizadas.

Portaria é o instrumento pelo qual o Ministro de Estado ou, em virtude de competência regimental ou delegada, outras autoridades estabelecem instruções e procedimentos de caráter geral necessários à execução de leis, decretos e regulamentos, e praticam outros atos de sua competência. Os efeitos de uma portaria podem se estender para além do próprio Ministério.

⁵ manual_elaboracao_atos_normativos_mjpsp-portaria-gm-n-776-de-5-de-setem.pdf.

Por sua vez as orientações técnicas são normativas que tem por objetivo consolidar o entendimento dos técnicos evitando-se posicionamento ou julgamentos discrepantes.

Todas essas normas do CGen têm como conteúdo estabelecer procedimentos, esclarecer pontos da legislação, consolidar entendimento sobre determinado tema, definir conceitos e em sua maioria evidenciados por falha da legislação.

Percebemos, hoje, que o CGEN deve ser enaltecido na medida que reconhece que, em determinadas situações, a legislação é inaplicável e teratológica e provoca atrasos no desenvolvimento econômico e na proteção da biodiversidade.

Destaca-se aqui que durante a 3ª Reunião Extraordinária, realizada no dia 31 de outubro de 2018, aprovou a Resolução nº 19, que estabelece forma alternativa para a regularização dos usuários que realizaram atividades de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, unicamente para fins de pesquisa científica, nos termos do artigo 38, § 2º da Lei nº 13.123/2015.

Esta resolução tem como objetivo resolver a situação de usuários que pretendem-se a regularização, nos termos do artigo 38 § 2º da lei 13.123/2015, estabelecendo que, mediante a assinatura do Termo de Compromisso constante do Anexo VII da Portaria MMA nº 378, de 01/10/2018, os usuários terão o prazo de 1 (um) ano, contado da data de assinatura do mencionado termo, para especificar as atividades a serem regularizadas. Findado o prazo para descrição das atividades, os usuários terão mais 1 (um) ano para cadastrar as atividades a serem regularizadas.

Não obstante, apesar da intenção de impor melhores critérios à legislação da biodiversidade a resolução acabou por criar um “retrabalho” ao determinar que os usuários primeiro especificar as atividades.

Recentemente foi publicada a resolução CGEN 23/19, nesta normativa o CGen acaba por reconhecer que o SISGEN, para determinadas circunstâncias, não está apto para atender integralmente as necessidades dos usuários no tocante ao cadastro de suas atividades, estabelecendo expressamente que os prazos para regularização das atividades ali descritas não se iniciaram.

Outro ponto importante dentre as diversas outras lacunas encontradas na legislação é o problemas de ausência de previsão quanto aos usuários que não solicitaram a assinatura do Termo de Compromisso e que pretendem regularizar suas atividades de acesso ao patrimônio genético entre 30/06/2000 e 17/11/15, ficando a mercê de das próximas exigências e ou das punições já previstas.

Visando solucionar esse impasse o Ministério do Meio Ambiente tem em tramitação no CGen proposta de Resolução, cujo objeto é criar um novo procedimento para aqueles usuários que não atenderam à legislação dentro do prazo e queiram, agora, regularizar suas atividades.

Nesse tocante, é importante compreender que o direito é influenciado por nossa realidade, é um fato social. A dinâmica dos acontecimentos demanda uma mudança de postura na própria concepção do direito e da forma que deve ser interpretado. Vivemos a terceira era, a era digital, a era biotecnologia, e para tanto devemos estar preparados para este sistema complexo de iterações humanas e por isso não podemos ser reféns de legislações que diminua a velocidade desse processo evolutivo.

A ciência, as relações econômicas, culturais e sociais é que devem ser complexas e não o direito.

4. A LEI DA BIODIVERSIDADE EM TEMPOS DA COVID-19

Em meio a pandemia do Covid-19 com a determinação mundial de isolamento social, com a paralização das atividades não essenciais nos deparamos com uma situação absolutamente excepcional que demanda um equilíbrio nas decisões de hoje para que possam ter uma repercussão positiva no futuro.

A humanidade já passou por outros desafios como a peste negra e a gripe espanhola que dizimou milhões de pessoas no mundo.

Em razão dos avanços da medicina e da tecnologia a humanidade acabou por alcançar um sentimento de que é inatingível, fazendo muitos acatarem o isolamento social, mas outros o desprezarem.

Enquanto não temos reposta da ciência a única maneira de nos preservar é escutar a voz da experiência que as mencionadas doenças, peste negra e gripe espanhola, nos ensinaram.

Nesse sentido, o CGen não ficou para traz e promoveu, de certa maneira, a flexibilização de medidas impostas pela legislação, tendo sido publicada no dia 06/04/2020, a Portaria Interministerial nº 155/2020, que estabelece procedimento simplificado para a realização de remessa de patrimônio genético relacionado à situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN, de que trata o Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011, especificamente para o enfrentamento do estado de ESPIN em decorrência da Infecção Humana pelo coronavírus (COVID-19).

Nesta esteira, cumpre asseverar que a preservação e o equilíbrio do ecossistema desempenham, *per si*, um papel de proteção dos seres humanos contra infecções, epidemias e pandemias. É necessário que aconteça uma catástrofe para buscarmos medidas que alavanque a ciência em prol da proteção da biodiversidade.

5. CONCLUSÃO

Para assegurar seu uso sustentável está em vigor o novo marco legal da biodiversidade constituído da Lei 13.123/2015 que tem a missão de trazer a segurança jurídica aos usuários do sistema e promover o uso sustentável da biodiversidade brasileira regulamentada pelo Decreto nº 8.772/2016.

Após mais de 4 anos de vigência da lei ainda impera a discussão e prepondera a incerteza no acadêmico, na esfera pública e, também, em setores da indústria, no que tange aos entraves burocráticos criados pela legislação.

Este tema é um assunto caro para todos nós brasileiros, isso pelo fato de sermos “donos” de uma das maiores biodiversidade do planeta, pelo que, a construção de legislação integrada (academia-governo-indústria), funcional e menos burocrático seria fundamental e imprescindível para legislação pudesse atingir seu objetivo.

A atual legislação trouxe avanços em relação à anterior (MP 2186-16/2001), mas ainda precisa de ajustes, principalmente no caso de pesquisas sem objetivos comerciais.

O passivo (adequação/regularização) criado pela lei 13123/2015 além de onerar a pesquisa, trouxe uma sensação de insegurança aos pesquisadores, haja vistas à imprecisão dos seus conceitos inviabilizando, em muitos casos, seu efetivo avanço e em outros inviabilizando completamente.

A obrigação de adequar/regularizar as atividades praticadas desde o ano 2000, ou seja, há 20 anos atrás, foge a razoabilidade, bem como impingem obrigações burocráticas totalmente desmesuradas aos pesquisadores e às instituições de pesquisa.

No que tange ao sistema para o cadastramento (SisGen) importa salientar, neste momento, a necessidade imperiosa de sua interoperabilidade com os demais sistemas já existentes, o que facilitaria a vida dos pesquisadores.

O novo marco legal da biodiversidade, contudo, traz imbuído na sua hermenêutica um processo de mudança de cultura dos atores que estão sendo e serão influenciados por esta legislação.

Assevera-se que a exploração da natureza e de seus recursos sempre foi, desde os primórdios, fonte de desenvolvimento das sociedades, inicialmente pela sobrevivência, posteriormente pelo escambo de bens em benefício de uma comunidade até que estas trocas superaram o limite das necessidades humanas e passaram a ser objeto de exploração para o acúmulo de riquezas.

A consciência de como devemos utilizar os recursos naturais tão abundantes em nosso país é que definirá qual será a nossa posição em um contexto mundial.

A biotecnologia, oriunda da biodiversidade, seu domínio constitui uma urgência tanto para se guardar, para um futuro não muito distante, os recursos hoje disponíveis, quanto, e

principalmente, para o uso ciência e da tecnologia como determinantes para o processo de desenvolvimento do país.

O mapeamento dos *gaps* entre a proteção da biodiversidade e o desenvolvimento econômico tornasse estratégico e fundamental nesse processo, na medida que as falhas (legislativas, nos processos, nas pesquisas) tem repercussão direta na velocidade, na forma, do nosso desenvolvimento. Ficaremos para trás, correndo a trás, ou despontaremos como uma liderança mundial neste tema?

Por derradeiro, importante destacar que a lei como fato social que é deve atender aos anseios de uma sociedade, atendendo a dicotomia proteção-desenvolvimento, mas, fundamentalmente, a legislação deve proteger aquelas pessoas diretamente envolvidas com seus espírito (pesquisadores), com interação, troca de experiências, diálogo, sob pena de se inviabilizar o seu mister.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA - CDB [Internet]. [citado 23 de junho de 2019]. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-convenção-sobre-diversidade-biológica-cdb>.

BRASIL. **L13123** [Internet]. [citado 10 de abril de 2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113123.htm.

INSTITUTO OSWALDO CRUZ - **Ciência e Saúde desde 1900** [Internet]. [citado 21 de junho de 2018]. Disponível em: <http://www.fiocruz.br/ioc/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=3014&sid=32>.

BRASIL. **L13123** [Internet]. [citado 18 de agosto de 2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/L13123.htm.

SISGEN [Internet]. [citado 18 de agosto de 2019]. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/sisgen>.

JORGE FLT, Costa FNM, Luiz PKK, Gomes B, Pinheiro SVM, Melo FBD. **Comentários à Lei no 13.123, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade**. [citado 18 de agosto de 2019] Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184>.

A LEI DA BIODIVERSIDADE E SEUS IMPACTOS SOBRE A CIÊNCIA [Internet]. [citado 23 de junho de 2019]. Disponível em: <http://www.abc.org.br/SPIP.RIC/spip.php?article29519>.

CONSELHO DE GESTÃO DO PATRIMÔNIO GENÉTICO [Internet]. [citado 10 de abril de 2020]. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico>.

PATRIMÔNIO GENÉTICO [Internet]. [citado 12 de abril de 2020]. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico>.

SISGEN [Internet]. [citado 10 de abril de 2020]. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/patrimonio-genetico/conselho-de-gestao-do-patrimonio-genetico/sisgen>.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 9ª edição: revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Revista dos Tribunais, 2013.

RELATÓRIO CONFEDERAÇÃO DA INDÚSTRIA – 2018 [Internet]. [citado 10 de abril de 2020]. Disponível em https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/49/d4/49d41614-5bc7-400f-85f8-c3e37481479a/biodiversidade_web.pdf.

MIRANDA, João Paulo. **O marco legal da biodiversidade**. 1ª edição. São Paulo: Editora LiberArs, 2018.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. **Biossegurança & Patrimônio Genético**. 1ª Edição. Curitiba: Editora Juruá. 2008

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco e DIÁFERIA, Adriana. **Biodiversidade, Patrimônio Genético e Biotecnologia no Direito Ambiental**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 2017.

**MODELO DE GESTÃO E O DESENVOLVIMENTO DE PRÁTICAS INOVADORAS
(TRANSFORMADORAS) PERANTE O MERCADO INTERNACIONAL**

**MANAGEMENT MODEL AND THE DEVELOPMENT OF INNOVATIVE (TRANSFORMING)
PRACTICES IN THE INTERNATIONAL MARKET**

Júlio César Zilli¹

ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-3794-0576>

Valdir Scarduelli Neto²

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2527-322X>

Fernando Locks Machado³

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8497-558X>

Janini Cunha de Borba⁴

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-5197-3679>

RECEBIDO 22/04/2019
APROVADO 25/04/2019
PUBLICADO 30/03/2019
Editor Responsável: Carla Caldas
Método de Avaliação: Double Blind Review
E-ISSN: 2316-8080
DOI:10.16928

RESUMO

Este artigo tem por objetivo identificar os modelos de gestão e o desenvolvimento de práticas inovadoras utilizados pelas empresas exportadoras do sul de Santa Catarina perante o mercado internacional. Metodologicamente, caracterizou-se com uma abordagem quantitativa, por meio de uma pesquisa descritiva, quanto aos fins de investigação, e bibliográfica e de campo, quanto aos meios de investigação. A população foi composta por 108 empresas exportadoras pertencentes a AMREC, com a participação efetiva de 47 empresas, compondo uma amostra não probabilística. A coleta de dados ocorreu por meio da aplicação de um questionário via *Google Forms*, durante os meses de setembro, outubro e novembro de 2019, contemplando

¹ Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico / UNESC; Doutorando em Engenharia e Gestão do Conhecimento / UFSC; Professor do Curso de Administração e Comércio Exterior / UNESC; **E-mail:** zilli42@hotmail.com **ORCID:** 0000-0003-3794-0576; **Currículo Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6937747421196031>

² Especialista em Comércio Exterior e Negócios Internacionais – UNESC; Professor do Curso de Administração e Comércio Exterior / UNESC; **E-mail:** scarduellivaldir@gmail.com **ORCID:** 0000-0002-2527-322X; **Currículo Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3182575672051383>

³ Graduado em Administração – linha de formação em Comércio Exterior / UNESC; Mestrando em Desenvolvimento Socioeconômico / UNESC; **E-mail:** locksmachado.fernando@gmail.com **ORCID:** 0000-0002-8497-558X; **Currículo Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5758638276955950>

⁴ Especialista em Comércio Exterior e Negócios Internacionais – UNESC; **E-mail:** janiniborba@outlook.com **ORCID:** 0000-0001-5197-3679; **Currículo Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1673900547801474>

questões relacionadas ao contexto empresarial, modelo de gestão e desenvolvimento de práticas inovadoras. Os resultados apontam que há maior frequência na atividade inovadora aplicada em produtos e serviços e processos industriais. Em contrapartida a inovação nos níveis de gestão tem menor emprego. O modelo de negócios é o tópico em que menos se inova e o modelo de difusão da inovação é, predominantemente, direcionado para a empresa. Destacam-se as inovações incrementais e o grau de controle da inovação, classificado como aberta ou fechada, demonstrou equidade entre as categorias. Em sua maioria (61,70%) direcionam até 5% de suas receitas em ações de apoio e fomento à inovação. Identificou-se baixa utilização do potencial inovador dos colaboradores, bem como o incipiente número de parcerias/projetos com instituições de pesquisa/universidade.

Palavras-chave: Gestão. Inovação. Internacionalização. Desenvolvimento regional.

ABSTRACT

This article aims to identify the management models and the development of innovative practices used by exporting companies in the south of Santa Catarina in the international market. Methodologically, it was characterized by a quantitative approach, through descriptive research, for the purposes of investigation, and bibliographic and field, regarding the means of investigation. The population was composed of 108 exporting companies belonging to AMREC, with the effective participation of 47 companies, composing a non-probabilistic sample. Data collection took place through the application of a questionnaire via Google Forms, during the months of September, October and November 2019, covering issues related to the business context, management model and development of innovative practices. The results show that there is a greater frequency in innovative activity applied to products and services and industrial processes. In contrast, innovation in management levels has less employment. The business model is the topic that is least innovated and the innovation diffusion model is predominantly directed at the company. The incremental innovations stand out and the degree of control of the innovation, classified as open or closed, demonstrated equity between the categories. Most of them (61.70%) direct up to 5% of their revenues in actions to support and foster innovation. Low utilization of the innovative potential of employees was identified, as well as the incipient number of partnerships / projects with research institutions / universities

Keywords: Management. Innovation. Internationalization. Regional Development.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo identificar los modelos de gestión y el desarrollo de prácticas innovadoras utilizadas por las empresas exportadoras en el sur de Santa Catarina en el mercado internacional. Metodológicamente, se caracterizó por un enfoque cuantitativo, a través de la investigación descriptiva, con fines de investigación, y bibliográfica y de campo, con respecto a los medios de investigación. La población estaba compuesta por 108 empresas exportadoras pertenecientes a AMREC, con la participación efectiva de 47 empresas, componiendo una muestra no probabilística. La recopilación de datos se llevó a cabo mediante la aplicación de un cuestionario a través de Formularios de Google, durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2019, que abarcó cuestiones relacionadas con el contexto empresarial, el modelo de gestión y el desarrollo de prácticas innovadoras. Los resultados muestran que hay una mayor frecuencia en la actividad innovadora aplicada a productos y servicios y procesos industriales. En contraste, la innovación en los niveles de gestión tiene menos empleo. El modelo de negocio es el tema menos innovado y el modelo de difusión de la innovación está dirigido

principalmente a la empresa. Se destacan las innovaciones incrementales y el grado de control de la innovación, clasificado como abierto o cerrado, demostró la equidad entre las categorías. La mayoría de ellos (61.70%) dirigen hasta el 5% de sus ingresos en acciones para apoyar y fomentar la innovación. Se identificó la baja utilización del potencial innovador de los empleados, así como el número incipiente de asociaciones / proyectos con instituciones de investigación / universidades.

Palabras clave: Gestión, Innovación, Internacionalización, Desarrollo regional.

1 INTRODUÇÃO

Impulsionado pelo advento de novas tecnologias em comunicação e pela modernização dos sistemas de transportes, o avanço da globalização ocorrido no início da década de 1980 intensificou a atividade comercial entre as nações, aumentando consideravelmente o número de empresas no mercado internacional. Tal fenômeno trouxe também às organizações um novo desafio: a competitividade externa (CAVUSGIL; KNIGHT; RIESENBERGER, 2010).

Nesse contexto, a inovação apresenta-se não só como um fator ao enfrentamento de mercado, mas, na visão de Bessant e Tidd (2009), torna-se também crucial para a sobrevivência das empresas. Os autores afirmam ainda que é fundamental o comprometimento empresarial para com a prática inovadora em seus produtos/serviços e por extensão, também na maneira como os ofertam ao mercado.

Em seu Manual de Oslo (2018, p.20), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, conceitua inovação, inicialmente, como “[...] um produto ou processo novo ou aprimorado (ou uma combinação dos mesmos) que difere significativamente dos produtos ou processos anteriores [...]”. Schumpeter (1985), por sua vez, considera inovação como uma associação de recursos resultando em algo ou em modo de fazer, diferentes.

Pode-se estabelecer uma relação bilateral recíproca entre internacionalização e inovação no que se refere ao desenvolvimento da competitividade dentro das organizações. A atividade no comércio exterior expõe as empresas a diferentes padrões de exigências feitas pelo mercado internacional, sejam de produto, processo ou gestão, as estimulando à melhores práticas operacionais a fim de satisfazer tais padrões, assim possibilitando avanços na capacidade de inovação interna. Ao passo que o potencial inovador de uma empresa poderá ser o objeto que a leva à internacionalização, seja por novas tecnologias ou produtos diferenciados, atraindo a atenção de agentes do mercado externo (ARBIX; SALERNO; DE NEGRI, 2004, STAL, 2010).

Logo, ao se estabelecer tal relação interdependente, percebe-se que em ambos os casos haverá influência ativa nos processos de gestão, tendo como resultado ganho em competitividade. Por essa constatação surge o estímulo para a pesquisa presente, tendo por base inicial a questão: quais os modelos de gestão e desenvolvimento de práticas inovadoras utilizados pelas empresas exportadoras do Sul de Santa Catarina perante o mercado internacional?

Nesse cenário, os pesquisadores delimitaram como área de estudo o sul de Santa Catarina, enfocando especificamente a Associação dos Municípios da Região Carbonífera – AMREC. Formada por 12 municípios (Balneário Rincão, Cocal do Sul, Criciúma, Forquilha, Içara, Lauro Muller, Morro da Fumaça, Nova Veneza, Orleans, Siderópolis, Treviso e Urussanga), a Associação destaca-se regionalmente por sua economia dinâmica e

desenvolvido parque industrial. Merecem destaque nesse contexto, os setores cerâmico e colorífico da principal cidade, Criciúma, a indústria de transformação de polímeros na cidade de Orleans, o polo metal mecânico em Nova Veneza, bem como o complexo agropecuário, localizado em vários municípios da região (ZILLI; GIANEZINI; VIEIRA, 2015, BRASIL, 2020).

A região conta ainda com uma forte presença no mercado externo, abrigando 154 empresas exportadoras e 119 empresas importadoras. Dentre os municípios da AMREC, o maior volume em exportações, conforme Scarduelli Neto e Zilli (2019), pertence à cidade de Forquilha, responsável por 29,06% do total destinado ao mercado externo no ano de 2018, totalizando US\$ 93,8 milhões FOB. No mesmo período, Criciúma importou US\$ 272,0 milhões FOB, perfazendo o equivalente à 83,12% dos produtos e serviços oriundos do exterior que entraram nas 12 cidades. Ainda segundo os autores, os municípios da AMREC, quando considerados como associação, têm bom desempenho no mercado externo no âmbito estadual.

É nesse contexto entre internacionalização e inovação que se delineou o objetivo geral do estudo: identificar os modelos de gestão e desenvolvimento de práticas inovadoras utilizados pelas empresas exportadoras do sul de Santa Catarina perante o mercado internacional.

O artigo apresenta esta seção de introdução, inicialmente, afim de contextualizar o tema e apresentar o objetivo geral da pesquisa, que é seguida pelo embasamento teórico, com enfoque nos conceitos de inovação. Na terceira seção traçam-se os procedimentos metodológicos utilizados e na quarta seção é feita a apresentação do contexto empresarial em que essa pesquisa foi aplicada. A quinta e sexta seções são, respectivamente, a apresentação dos resultados e as considerações finais do estudo.

2 INOVAÇÃO

Ainda que a concepção de novas ideias possa ser tida como ponto de partida para a inovação, Trott (2012) considera que tal geração de ideias se limita apenas a um conceito, um pensamento ou até um conjunto de pensamentos. A conversão dessas imagens em um artefato ou serviço novo, tangível, é o que o autor conceitua como invenção, que por sua vez, precisa estar atrelada a atividades comerciais para que haja validação como desempenho inovador das empresas.

Martin (1994) coloca ainda que, mesmo que gerada por meio de pesquisa e desenvolvimento, uma invenção será considerada inovação quando convertida em produto, seja bem ou serviço, socialmente utilizável. Outro ponto a se ponderar nesse cenário é o espaço de tempo em que uma invenção é validada como inovação, podendo ter rápida conversão e estar apta para o mercado ou levar anos até que torne-se utilizável e gere valor.

À medida que o propósito central da inovação será sempre a geração de valor, este não necessariamente estará estrito ao cunho econômico. Novas (e validadas) práticas políticas, culturais e sociais são consideradas como inovações institucionais (JOHANNESSEN, 2013; ABDALA, 2017). A inovação, portanto, apresenta-se em um caráter multidimensional por sua interação com diferentes fatores e agentes sociais, caracterizando-se como um fenômeno de grande abrangência a ser gerenciado, conforme pontua Jenoveva Neto (2016).

O Manual de Oslo (OCDE, 2018) desempenha um papel essencial na demonstração e na comunicação do caráter multidimensional da inovação, bem como provê as diretrizes fundamentais para a mensuração da mesma. O Manual ratifica ainda a importância desse processo, pontuando que a inovação é critério fundamental para a melhoria dos padrões de vida e afeta indivíduos, instituições, setores econômicos e países em diversas frentes.

O correto gerenciamento e desenvolvimento de modelos de inovação oferece às organizações informações relevantes para o delineamento estratégico e possível ganho em competitividade, visto que:

A medição sólida da inovação e o uso de dados de inovação na pesquisa podem ajudar os formuladores de políticas a entender melhor as mudanças econômicas e sociais, avaliar a contribuição da inovação para os objetivos sociais e econômicos, monitorar e avaliar a eficácia e a eficiência de suas políticas (OCDE, 2018, p.27).

Com base nas considerações de Trott (2012) e do Manual de Oslo (OCDE, 2018), pode-se categorizar a inovação quanto à sua área de negócio, sua difusão, grau de impacto ou novidade e também por seu controle sobre o processo. O Quadro 1 apresenta as categorias de inovação e os tipos de classificação contidos em cada.

Quadro 1 – Categorização de inovações.

ÁREA DE NEGÓCIO	DIFUSÃO	GRAU DE IMPACTO OU NOVIDADE	CONTROLE
Produto	Empresa	Incremental	Aberta
Processos	Mercado	Radical	Fechada
Gestão	Mundo	Disruptiva	
Marketing		Arquitetural	
Modelo de negócio			

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de OCDE (2018).

Constatadas a complexidade e diversidade de classificações e tipologias, é importante então que as organizações possam assimilar as diferenças entre os tipos e identificar as áreas as quais está predisposta, adequando-se às questões a serem desenvolvidas nesse contexto (JENOVEVA NETO, 2016).

2.1 ÁREA DE NEGÓCIO

Quanto à área de negócio, também denominada como tipologia por Souza (2019, p.6), a inovação poderá implicar não só no desenvolvimento de novos produtos ou serviços, mas também em melhorias de produtos já existentes, processos produtivos, gestão, marketing e em modelo de negócio.

O Manual de Oslo (OCDE, 2018) define produto como a geração econômica das atividades produtivas, podendo abranger bens (quando mercadorias tangíveis) e serviços (quando atividades intangíveis e que alteram as condições dos usuários). O Manual traz ainda a inovação de produto como sendo o bem ou serviço novo ou aprimorado que diferencia-se consideravelmente dos pares anteriores e que foi introduzido no mercado. Para Berlatto (2019, p.10) todavia, “uma inovação de produto é uma nova tecnologia ou combinação de tecnologias introduzidas comercialmente para atender a uma necessidade do usuário ou do mercado”.

Ao envolver um método de produção, trabalho ou distribuição, novos ou aprimorados, a inovação caracteriza-se em sua área de negócio como de processo. O processo poderá ainda ter sido melhorado para atender uma ou mais funções de negócios, diferindo significativamente dos processos anteriores. Araújo e Araújo (2013, p. 178) destacam a importância desse tipo de inovação na potencialização da competitividade das organizações: “[...] com ela a empresa ganha mais flexibilidade, qualidade, diminui o tempo de produção e obtém maior eficiência na sua produção”.

A inovação de gestão é caracterizada pela efetivação de novos métodos organizacionais na prática do negócio da empresa, no arranjo do local de trabalho ou em

vínculos externos. Pode ser percebida ainda, por uma nova concepção de negócio ou por um novo sistema interno de comunicação, como exemplificado por Trott (2012).

Define-se, de acordo com a OCDE (2018, p. 20), como “[...] implementação de um novo método de marketing com mudanças significativas na concepção do produto ou em sua embalagem, no posicionamento do produto, em sua promoção ou na fixação de preços” a inovação de marketing. Ganzer, Chais e Olea (2017), complementam a definição pontuando que as mudanças ocorrem também no contexto em que bens ou serviços são introduzidos no mercado, concentrando-se nas necessidades do consumidor.

Por modelo de negócio, Chesbrough (2007) entende como sendo o modo que uma organização desperta e conquista seus consumidores, como se identifica perante o mercado e molda sua estrutura financeira e cadeia produtiva. Conforme o autor, a inovação do modelo de negócio passa por todas ou por determinadas partes desse complexo, sendo que em muitos casos, é difícil distinguir as inovações parciais do modelo de negócio das inovações de produto e de processo.

2.2 DIFUSÃO

A difusão da inovação diz respeito ao processo ocorrido quando os indivíduos ou organizações aderem a um novo conceito, produto, prática, entre demais fatores de aspecto inovador e há a percepção do benefício oferecido pela inovação desse agente. A difusão é, então, o processo pelo qual uma inovação é difundida (ROGERS, 2003). Para Trott (2012), sem a difusão, uma inovação não entrega retorno econômico para a organização.

Três são os níveis identificáveis na difusão da inovação, segundo o Manual de Oslo (OCDE, 2018): nova para a empresa, nova para o mercado e nova para o mundo. O Quadro 2 exhibe as características que diferem cada nível.

Quadro 2 – Difusão da inovação.

INOVAÇÃO	CARACTERÍSTICAS
Para a empresa	Método produtivo, de processamento, marketing ou organizacional, mesmo que já implementado por outras organizações, mas novo para a empresa ou em casos em que os produtos e processos sejam significativamente melhorados.
Para o mercado	Quando a organização é a pioneira na introdução da determinada inovação em seu mercado. Mercado, que pode ser definido como a própria empresa e seus concorrentes, podendo-se considerar uma região geográfica ou uma linha de produto.
Para o mundo	A empresa é a primeira a estabelecer a inovação em todos os mercados e indústrias, nacionais ou de mercado externo. É o tipo de inovação que demanda um grau de novidade maior do que quando a inovação é somente para o mercado.

Fonte: Elaborado pelos autores a partir de OCDE (2018).

2.3 GRAU DE IMPACTO E NOVIDADE

Há também a dimensão do grau de impacto ou novidade causada pela inovação nas organizações. Esse ecossistema, baseado no Manual de Oslo (OCDE, 2018) consiste em quatro classes: incremental, radical, disruptiva e arquitetural, as quais apresentam-se as características no Quadro 3 que segue.

Quadro 3 – Grau de impacto ou novidade.

INOVAÇÃO	CARACTERÍSTICAS
----------	-----------------

Incremental	Jenoveva Neto (2016, p.45) descreve esse tipo de inovação como "[...] mudanças relativamente menores para os produtos existentes, reflete pequenas melhorias contínuas em produtos ou em linhas de produtos [...] representam pequenos avanços nos benefícios percebidos pelo consumidor e não modifica de forma expressiva a forma como o produto é consumido ou o modelo de negócio."
Radical	Violada (2019, p.28) coloca como "[...] a) uma tecnologia nova nunca utilizada anteriormente na indústria; b) tem impacto ou provoca mudanças significativas em todo o setor; c) é o primeiro de seu tipo e totalmente novo no mercado." O autor ainda pontua que inovações radicais, em suma, geram uma demanda antes não percebida pelo usuário.
Disruptiva	Esta categoria de inovação tem características altamente impactantes nos sistemas de produção e com possíveis efeitos de causar obsolescência nas bases tecnológicas já existentes, também de criar novos mercados e alterar o comportamento da sociedade (TIDD; BESSANT; PAVITT, 2008).
Arquitetural	Para compreender a inovação arquitetural, há que se perceber uma distinção entre o produto como um todo (sistema) e o produto em partes (os componentes). Desse pressuposto, Jenoveva Neto (2016, p.45) afirma como arquiteturas "[...] as inovações que mudam a forma na qual os componentes de um produto são ligados, enquanto deixam os principais conceitos de projeto (e o conhecimento básico subjacente) intocados."

Fonte: Elaborado pelos autores a partir das referências acima citadas.

2.4 GRAU DE CONTROLE

Em relação ao grau de controle do processo, uma inovação poderá se classificar entre fechada e aberta. Jenoveva Neto (2016) identifica o modelo de inovação fechada como aquele em que todo o controle do processo, desde a idealização até a saída para o mercado e comercialização, são realizados dentro da empresa. Chesbrough (2003) faz algumas considerações sobre a motivação para a prática inovadora fechada: a) pessoas qualificadas atuando na própria empresa; b) a obtenção de lucro por meio de pesquisa e desenvolvimento se dará quando a empresa gerar novas concepções, desenvolvê-las e monetizá-las; c) a proteção da propriedade intelectual é fundamental para o pioneirismo de mercado.

Para Panisson e Berlatto (2019, p.62) inovação aberta está em “[...] incluir modelos de gestão no qual o sucesso da inovação depende do uso pelas organizações de conhecimento interno e externo e de conexões diversas com o mercado, fornecedores, parceiros chaves”. No modelo aberto, as empresas inovadoras abrem-se para o ambiente externo e beneficiam-se dele ao permitir uma maior permeabilidade para diferentes conhecimentos e recursos provenientes de fora de seus limites (CHESBROUGH, 2003).

De fato, a inovação não se delimita em um caminho único, tão pouco é algo que se defina com exatidão. Porém, Jenoveva Neto (2016) a coloca como um processo seguramente administrável. Teixeira, Biz e Teixeira (2019, p.68) concluem que “[...] os desafios dentro das organizações se associam a mudança de cultura, mudança de *mindset* dos colaboradores para a inovação e adesão de práticas que venham a solucionar problemas reais.”

3 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Metodologicamente, o estudo caracterizou-se com uma abordagem essencialmente quantitativa. Sampieri, Collado e Lucio (2013) apontam que de forma sintetizada, este tipo de pesquisa possui características próprias como: medir fenômenos, utilização de estatística, testa hipóteses e a realização de análise de causa-efeito. Também possui um processo sequencial, dedutivo, comprobatório e analisa a realidade objetiva. E como benefícios, destacam-se a generalização de resultados, controle sobre os fenômenos, precisão, réplica e previsão.

Quanto aos fins, trata-se de uma pesquisa descritiva (VERGARA, 2010) e quanto aos meios de investigação, classificou-se como uma pesquisa bibliográfica e de campo (SAMPIERI, COLLADO; LUCIO, 2013), por meio da aplicação de um questionário *online*.

A definição da população e amostra envolve muitos sujeitos na pesquisa, pois o objetivo é generalizar os resultados obtidos. Para tanto, deve-se delimitar a população, definir o método de seleção da amostra – probabilístico, não probabilístico ou por julgamento – precisar o tamanho exigido na amostra e aplicar o procedimento de seleção. A composição da amostra deve retratar casos em que o conjunto é estatisticamente representativo, em virtude da generalização dos resultados (CRESWELL, 2010; DIEHL; TATIM, 2004; MALHOTRA, 2005; SAMPIERI, COLLADO; LUCIO, 2013).

Com base nessas definições, a delimitação da população tem como referência o universo de empresas presentes no Sul do Estado de Santa Catarina, sendo este subdividido em três microrregiões: a Associação dos Municípios da Região Carbonífera (AMREC), Associação de Municípios da Região de Laguna (AMUREL) e Associação de Municípios do Extremo Sul Catarinense (AMESC). A AMREC, foco do estudo, é composta por 12 municípios: Criciúma (sede), Içara, Lauro Muller, Morro da Fumaça, Nova Veneza, Siderópolis, Urussanga, Forquilha, Cocal do Sul, Treviso, Orleans e Balneário Rincão (AMREC, 2020).

Em seguida, para determinar as empresas da AMREC aptas a participar da pesquisa – ou seja, a população – utilizou-se a listagem de empresas exportadoras do ano de 2018, disponibilizada pelo Ministério da Economia, no módulo Estatísticas de Comércio Exterior (BRASIL, 2020). Filtrando-se pelo estado de Santa Catarina e, posteriormente, pelas cidades que compõem a AMREC, obteve-se a população de 139 empresas, entre produtoras, *trading companies* e assessorias de comércio exterior. Definiu-se que a pesquisa seria aplicada somente entre as empresas produtoras, das quais podem importar matéria-prima e exportar seus produtos. Dessa forma, após retirar estas empresas que não se encaixaram na população-alvo e aquelas que possuem filiais, a população de 139 foi reduzida a 108 empresas exportadoras.

De acordo com Lakatos e Marconi (2001), colher as informações de um grande grupo no todo é praticamente impossível, por isso há a necessidade de definir uma amostra que represente o conjunto. Assim, a partir das 108 empresas exportadoras, a pesquisa foi aplicada durante os meses de setembro, outubro e novembro de 2019, pelo critério de disponibilidade de participação e pela acessibilidade junto às mesmas.

Inicialmente efetuou-se o contato telefônico junto ao departamento de exportação de todas as empresas, explicando o objetivo da pesquisa e solicitando que o gerente de exportação, gerente de área ou coordenador de exportação respondessem o questionário enviado via *Google Forms*. Em um primeiro momento, no mês de setembro de 2019, 20 empresas responderam ao instrumento e, novamente, nos meses de outubro e novembro, foi feita uma nova rodada de telefonemas, obtendo-se o retorno de 27 empresas. Ao final de novembro de 2019, a pesquisa foi encerrada, totalizando a participação de 47 empresas exportadoras do Sul de Santa Catarina (AMREC), caracterizando-se como uma amostra não probabilística, por conveniência (MALHOTRA, 2006).

Os dados de origem primária (VERGARA, 2010), foram coletados por meio de um questionário (GIL, 1999) elaborado e adaptado a partir de alguns estudos efetuados em 2015, 2018 e 2019 e publicados por Zilli, Heinzen e Vieira (2015), Pereira, Zilli, Vieira e Volpato (2018), Dondossola, Zilli, Volpato e Vieira (2019), Zilli, Locks, Freire e Engel (2019), bem como Zilli e Freire (2020). Foram feitos testes junto a três profissionais que possuem experiência acadêmica e também vivência perante o mercado internacional, para verificar a consistência do instrumento de coleta, bem como verificar se a organização dos módulos e perguntas estavam adequadas e de fácil entendimento. Após o retorno dos profissionais foram feitos ajustes que proporcionaram a finalização do questionário.

A aplicação do instrumento ocorreu via *Google Forms* e este foi estruturado em quatro módulos: Módulo I – Contexto Empresarial e Modelo de Gestão; Módulo II – Ingresso e Participação no Mercado Internacional; Módulo III - Estratégias, Posicionamento no Mercado Internacional e Redes de Cooperação; e Módulo IV: Modelo de Gestão e o Desenvolvimento de Práticas Inovadoras (transformadoras) perante o Mercado Internacional. Importante ressaltar que os resultados analisados neste artigo referem-se aos Módulos I e IV. Essa segmentação foi feita para que cada módulo pudesse ser explorado em um estudo específico, voltado às particularidades das seções que estruturam o referido questionário.

Com relação à análise dos dados, a mesma foi feita por meio de frequência simples, pois de acordo com Duarte e Furtado (2014, p. 142): “Mais importante do que apontar a representatividade dos resultados quantitativos é refletir e interpretar o que significam, extrapolando para outras fontes e informações constantes no trabalho e fazendo inferências”.

Por fim, vale ressaltar que todo o processo de construção da pesquisa contou com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC) e da Associação Catarinense das Fundações Educacionais (ACAFE), por meio da chamada pública 06/2017, contrato 2018TR1542 e protocolo de entrada 1673/2018, contemplando uma pesquisa com amplitude maior, intitulada “Do Sul Catarinense (AMREC) para o mundo: exportação de práticas e soluções inovadoras”.

4 APRESENTAÇÃO E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

4.1 OBJETO DO ESTUDO: CONTEXTO EMPRESARIAL E MODELO DE GESTÃO

A pesquisa buscou delimitar seu campo de coleta de dados às empresas exportadoras do sul de Santa Catarina, tendo enfoque nas 12 cidades que formam a Associação dos Municípios da Região Carbonífera – AMREC (AMREC, 2020). Em um primeiro momento, com base nas respostas fornecidas traçou-se um perfil empresarial basilar das organizações, que traz a cidade em que estão instaladas, o setor de atuação, porte e composição de capital, bem como ano de sua fundação. O perfil mostra ainda o direcionamento da produção (mercado interno e externo) e o modelo de gestão praticado.

A Tabela 1 mostra a concentração de organizações participantes por cidade.

Tabela 1 – Cidade sede das empresas.

CIDADE	QUANTIDADE	%
Balneário Rincão	2	4,26%
Cocal do Sul	2	4,26%
Criciúma	16	34,04%
Forquilha	2	4,26%
Içara	9	19,15%
Morro da Fumaça	7	14,89%
Nova Veneza	1	2,13%
Siderópolis	4	8,51%
Urussanga	4	8,51%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Confirmando sua posição de cidade-polo da região sul catarinense, Criciúma conta com 16 empresas no estudo, sendo a segunda maior exportadora dentre os 12 municípios, ficando atrás somente de Forquilha, que se sobressai por abrigar uma planta fabril de

multinacional líder de mercado, a qual concentra sozinha 88,87% das exportações forquilhenses (SCARDUELLI NETO; ZILLI, 2019). Destacam-se ainda, Içara, com 9 empresas e Morro da Fumaça com 7, que têm o 2º e 6º PIB da AMREC, respectivamente (IBGE, 2020).

Outra característica do perfil empresarial da presente pesquisa é o alto nível de industrialização das organizações, como se pode observar na Tabela 2 abaixo.

Tabela 2 – Setor de atuação das empresas.

SETOR	QUANTIDADE	%
Agroalimentar	1	2,13%
Celulose e Papel	1	2,13%
Cerâmica	12	25,53%
Construção Civil	2	4,26%
Metal Mecânico e Metalurgia	16	34,04%
Móveis e Madeira	2	4,26%
Produtos Químicos e Plásticos	13	27,66%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Os complexos metalúrgico, químico e cerâmico correspondem a pouco mais de 87% das empresas, ratificando a ideia de uma região com forte indústria de transformação. Queiroz e Queiroz (2010, p.8) traçam um paralelo do crescimento dos setores metal mecânico e metalúrgico da região com a queda da exploração de carvão iniciada nos últimos anos da década de 1980 e início dos anos 1990, onde “[...] parte da mão de obra que estava empregada nestas indústrias e que atuava internamente na fabricação de peças para reposição e na manutenção do maquinário das empresas, fosse responsável pela criação de várias micro e pequenas empresas na área metal mecânica. ”

Teve-se por critério de classificação de porte a Receita Operacional Bruta (ROB) anual (BNDES, 2020). Esse método identifica como micro, pequena, média ou grande empresa, sendo as faixas de faturamento determinadas conforme a Tabela 3, que mostra também a quantidade de empresas por porte.

Tabela 3 – Porte das empresas.

PORTE	QUANTIDADE	%
Microempresa (receita bruta anual - menor ou igual R\$ 360 mil)	1	2,13%
Pequena empresa (receita bruta anual - de R\$ 360 mil até R\$ 4,8 milhões)	9	19,15%
Média empresa (receita bruta anual - de R\$ 4,8 milhões até R\$ 360 milhões)	33	70,21%
Grande empresa (receita bruta anual - acima de R\$ 360 milhões)	4	8,51%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Pode-se concluir, dessa forma, que a atividade exportadora nos municípios da AMREC é gerada, em grande parte, pelas empresas de médio porte, perfazendo nesta pesquisa, mais de 70% do total. Percebe-se então, espaço para crescimento da cultura exportadora em micro e pequenas empresas. Nesse contexto, o estudo apresenta também um panorama do direcionamento da produção das empresas quanto à mercado interno e externo, como está disposto na Tabela 4.

Tabela 4 – Direcionamento da produção das empresas.

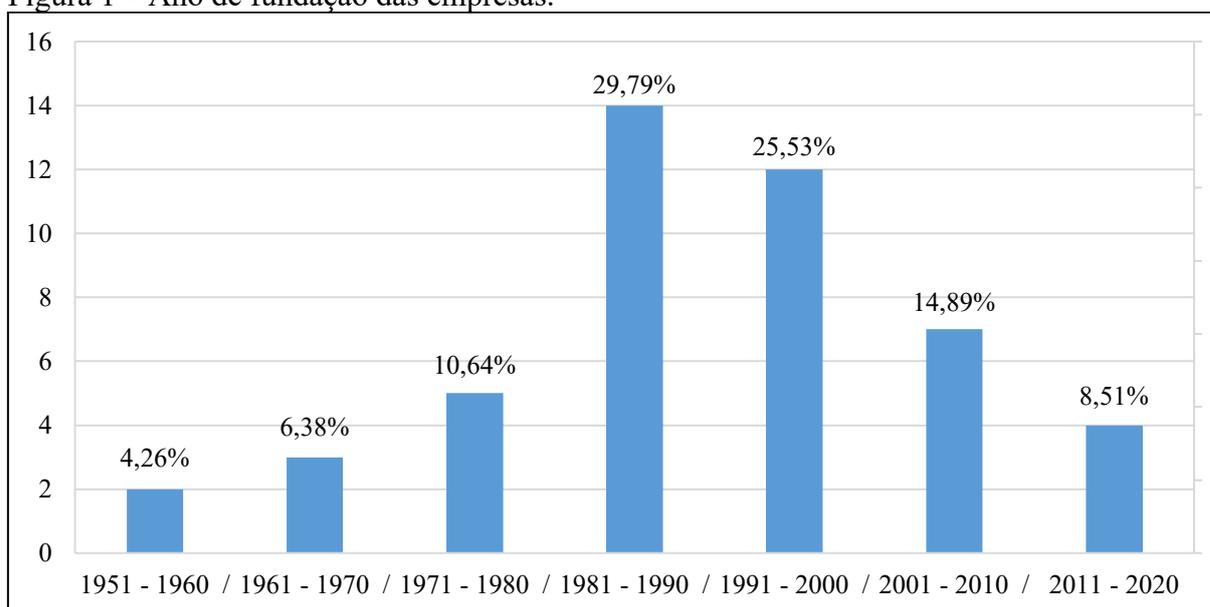
DIRECIONAMENTO	QUANTIDADE	%
Negócios somente com o mercado interno	1	2,13%
Negócios somente para o mercado externo	1	2,13%
Negócios com o mercado interno, porém com excedente para o mercado externo	43	91,49%
De 70-75% para o mercado externo e 25-30% para mercado interno	1	2,13%
Mercado interno e externo, sem diferenciação de excedente	1	2,13%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Cignacco (2009) coloca a atuação constante e estratégica de uma empresa no mercado externo como um ponto essencial para seu crescimento econômico e desaconselha a pensar nessa atividade apenas em curto prazo. O autor coloca ainda que é importante que se estruture um volume contínuo para direcionar ao exterior. O que o resultado acima aponta é que mais de 90% das organizações do estudo direcionam o excedente de produção para as exportações, ratificando o espaço para um desenvolvimento empresarial regional no contexto do mercado internacional.

Também foi levantada a informação acerca do ano de fundação das empresas, conforme apresentado na Figura 1, onde se percebe uma população de organizações sólidas no mercado, sendo que mais de 75% têm, no mínimo, 20 anos de atuação.

Figura 1 – Ano de fundação das empresas.



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Se identifica ainda com base na Figura 1, forte concentração de fundação de empresas nas décadas de 1980 (29,79%) e 1990 (25,53%), fortalecendo a colocação de Queiroz e Queiroz (2010) acerca do surgimento de novas empresas no período de declínio da extração de carvão em toda a AMREC iniciado no final dos anos 1980.

O perfil inicial também buscou conhecer a composição de capital das firmas participantes e foi possível identificar uma grande tendência para a constituição em 100% de capital nacional, chegando próximo de 70% do número de empresas.

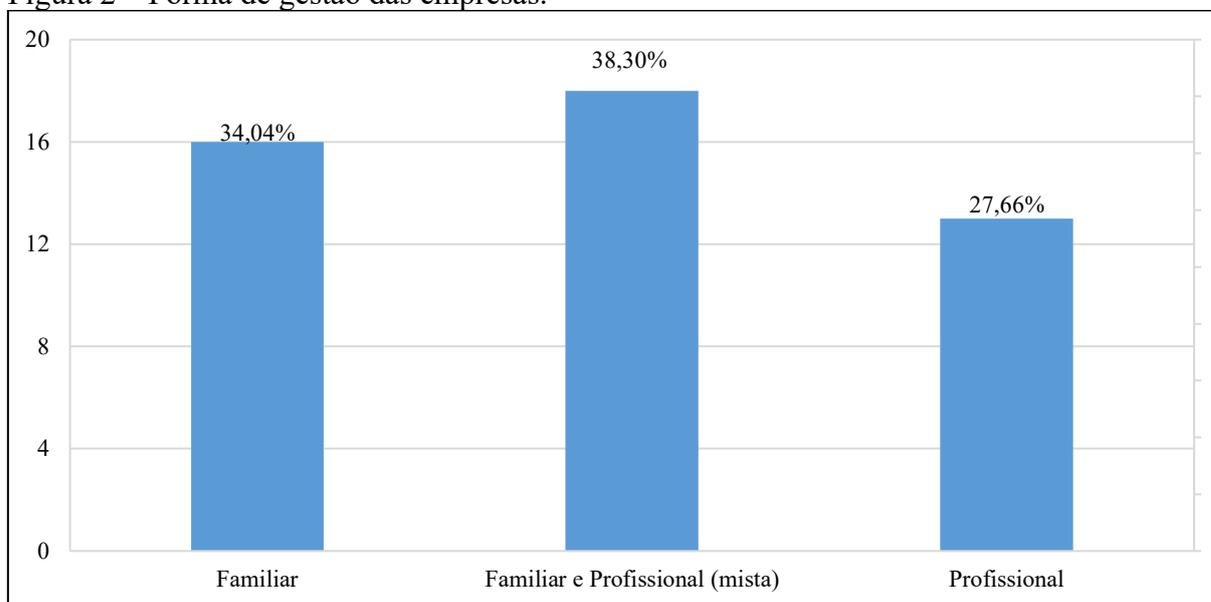
Tabela 5 – Composição do capital das empresas.

COMPOSIÇÃO	QUANTIDADE	%
100% nacional	32	68,09%
75% nacional	7	14,89%
25% nacional	3	6,38%
100% internacional	5	10,64%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Finalizou-se o delineamento empresarial identificando o modelo de gestão vigente na organização, onde houve maior equilíbrio de respostas desta primeira seção de questões. O número de empresas que têm administração mista, ou seja, parte familiar e parte profissional, apresenta uma leve vantagem sobre os modelos de gestão exclusivamente familiar ou profissional.

Figura 2 – Forma de gestão das empresas.



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

A partir desses sete questionamentos e das respectivas respostas de cada empresa, conheceu-se melhor o perfil organizacional da classe exportadora na região da AMREC. Conforme destacado anteriormente, no capítulo 3 deste artigo, a tabulação dos dados respeitou a divisão das informações coletadas em quatro módulos. Os resultados que seguem apresentados na próxima seção correspondem às questões respondidas no módulo IV, referente ao modelo de gestão e desenvolvimento de práticas inovadoras perante o mercado internacional.

5 MODELO DE GESTÃO E DESENVOLVIMENTO DE PRÁTICAS INOVADORAS

O módulo IV da pesquisa buscou mensurar, em um primeiro momento, a frequência da inovação na área de negócio da empresa, em relação aos produtos e serviços, processos, gestão, marketing e modelo de negócio. O estudo identificou também o nível da difusão da

inovação praticado, considerando a classificação do Manual de Oslo (OCDE, 2018), se para a empresa, para o mercado e para o mundo.

Por fim, também foram questionados os graus de impacto e de controle da inovação que as organizações desenvolvem, bem como a condição de estímulos, apoio e parcerias externas relacionadas às práticas inovadoras. A Tabela 5 mostra a frequência da inovação aplicada em produto e serviço por parte das empresas participantes.

Tabela 6 – Frequência da inovação em produto e serviço nas empresas.

FREQUÊNCIA	PRODUTO		SERVIÇO	
	QUANTIDADE	%	QUANTIDADE	%
Nunca	1	2,13%	1	2,13%
Raramente	3	6,38%	11	23,40%
Às vezes	11	23,40%	15	31,91%
Frequentemente	18	38,30%	11	23,40%
Sempre	14	29,79%	9	19,15%
TOTAL	47	100,00%	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

O estudo mostra que as empresas exportadoras da região carbonífera sul catarinense, em sua maioria, inovam em produtos sempre ou frequentemente, somando 68,09% do total. Já a inovação de serviços, carece um pouco mais em adesão, onde mais da metade das empresas (55,31%) inovam raramente ou às vezes.

Na visão de Tavassoli e Karlsson (2015), um dos principais meios para a renovação corporativa tem sido a inovação de produtos e serviços. Os autores também afirmam que a introdução de novas possibilidades no mercado, seja por bem de consumo ou um modo de fazer algo totalmente novo, permite às empresas inovadoras, muitas vezes, uma temporária liderança comercial e maiores retornos sobre P&D. Araújo e Araújo (2013) apontam outro importante fator na potencialização da competitividade nas empresas: a inovação de processos. A Tabela 6 traz os resultados da pesquisas concernentes à esse ponto.

Tabela 7 - Frequência da inovação em processos industriais nas empresas.

FREQUÊNCIA	QUANTIDADE	%
Nunca	2	4,26%
Raramente	2	4,26%
Às vezes	14	29,79%
Frequentemente	23	48,94%
Sempre	6	12,77%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

A inovação de processos, quando bem sucedida, pode proporcionar às organizações maior eficiência em recursos, fluxos produtivos, distribuição, força de trabalho, conduzindo à uma série de ganhos para o usuário externo e interno (OCDE, 2018).

O que se conclui na análise da Tabela 6 acima é que há um satisfatório engajamento das empresas para com a inovação em processos industriais, visto que 23 responderam que frequentemente inovam nesse tópico e outras 6, sempre, somando mais de 61% do total. A pesquisa seguiu com o questionamento a respeito da frequência da inovação em marketing praticada pelas empresas, com o resultado expresso na Tabela 7.

Tabela 8 - Frequência da inovação em marketing nas empresas.

FREQUÊNCIA	QUANTIDADE	%
Nunca	4	8,51%
Raramente	9	19,15%
Às vezes	17	36,17%
Frequentemente	7	14,89%
Sempre	10	21,28%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

A inovação voltada para o marketing ainda é um ponto a ser desenvolvido pelas exportadoras da AMREC, uma vez que o total de empresas que apenas “às vezes”, “raramente” ou “nunca” a pratica alcança 63,83% do universo de empresas participantes, observados os dados acima. De Matos (2019, p.17) atenta para a relevância da inovação em marketing, pontuando que esta “[...] tem um papel importante no conhecimento do cliente e do concorrente. Portanto, a inovação de marketing tem um papel fundamental a desempenhar na inovação de produtos e na melhoria do desempenho no mercado”.

Inovar nos níveis estratégico, estrutural e comportamental de uma organização é o que o Manual de Oslo (OCDE, 2018) classifica como inovação de gestão. Mudanças e melhorias nesses níveis alteram o comportamento organizacional, permitindo uma rápida adaptação às demandas do mercado e, conseqüentemente, sobrevivência. Exibe-se na Tabela 8 o quão inovadoras são em gestão as empresas da pesquisa.

Tabela 9 - Frequência da inovação em gestão nas empresas.

FREQUÊNCIA	QUANTIDADE	%
Nunca	1	2,13%
Raramente	10	21,28%
Às vezes	16	34,04%
Frequentemente	16	34,04%
Sempre	4	8,51%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

“Frequentemente” e “às vezes”, com 16 respostas cada, foram as alternativas que mais foram escolhidas nessa questão e outras 10 empresas responderam ainda que raramente inovam no modelo de gestão, denotando um envolvimento mais tímido com essa tipologia de inovação por parte das organizações participantes.

O último ponto referente à inovação na área de negócio foi a questão acerca da frequência inovadora no modelo de negócios das empresas. A Tabela 9 apresenta os resultados obtidos nessa pergunta.

Tabela 10 - Frequência da inovação do modelo de negócios.

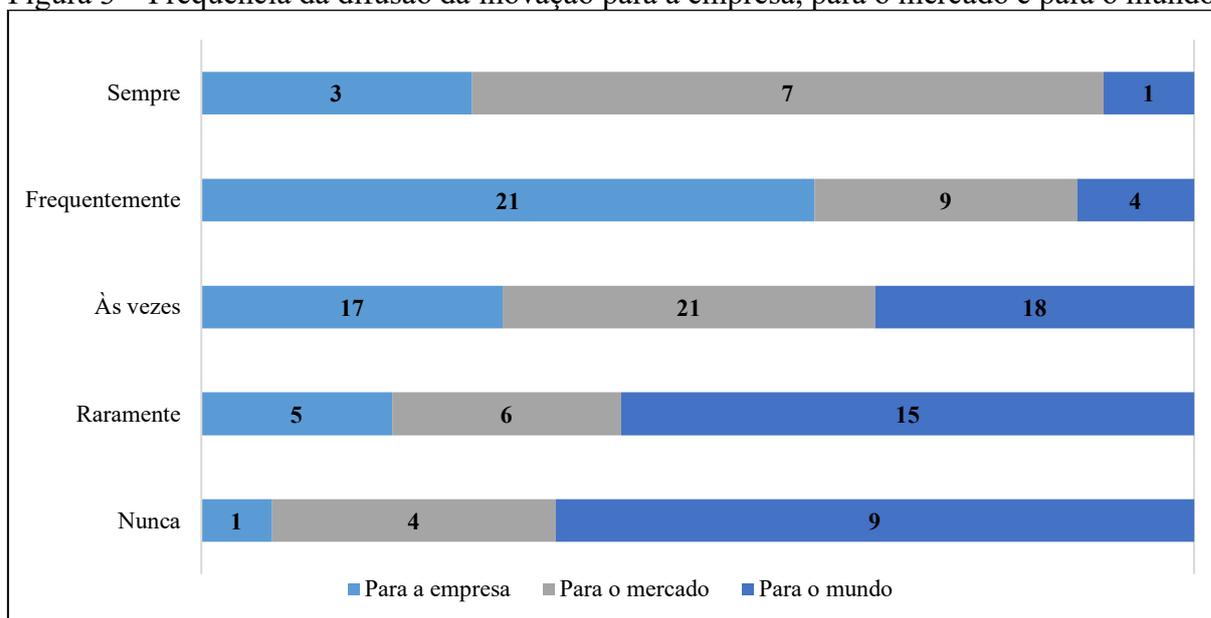
FREQUÊNCIA	QUANTIDADE	%
Nunca	6	12,77%
Raramente	21	44,68%
Às vezes	13	27,66%
Frequentemente	4	8,51%
Sempre	3	6,38%
TOTAL	47	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Segundo Chesbrough (2003), a inovação no modelo de negócios pode ser a chave para o crescimento em desempenho das organizações, ao passo que a OCDE (2018) alega que essa prática é capaz de transformar mercados e criar novos. O que se nota nos números da Tabela 9 é que as empresas da AMREC têm pouca atividade inovadora em seus modelos de negócios, onde as respostas “às vezes” e “raramente” somam 34 das escolhas das participantes, alcançado mais de 72% do total.

Foi avaliado ainda no presente estudo, a frequência da difusão da inovação. Alicerçado no conceito do Manual de Oslo (OCDE, 2018), o questionário trazia os três domínios de alcance da difusão: para a empresa, para o mercado e para o mundo, dos quais os resultados estão dispostos na Figura 3.

Figura 3 – Frequência da difusão da inovação para a empresa, para o mercado e para o mundo.



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

O que se pode concluir com os dados obtidos é uma forte tendência da difusão da inovação para a empresa, à medida que, para o mundo, pouco se inova. Mais da metade das empresas responderam que “sempre” ou “frequentemente” têm sua prática inovadora voltada para seus processos e organizações internas, ou seja, para a empresa. A inovação para o mercado no entanto, teve concentração de respostas em “às vezes”, com 21 empresas e um destaque secundário para as 9 respostas em “frequentemente”, expressando certa busca pelo pioneirismo em inovação no âmbito regional. O que também se vê é que a inovação para o mundo é ainda um ponto a ser desenvolvido na região, ao passo que, somadas, as respostas “raramente” e “nunca” ultrapassam os 50% do total de organizações participantes.

Ainda que a inovação para o mundo implique em um grau de novidade muito maior do que algo novo somente para o mercado, tendo assim a necessidade de maior investimento em P&D, o retorno desse pioneirismo a nível global, poderá alçar a organização à patamares muito superiores e com isso, também ganhos superiores (JENOVEVA NETO, 2016).

O grau de impacto das inovações também foi um fator contemplado no estudo, levando em conta a classificação do Manual de Oslo (OCDE, 2018) em três tipos: incrementais, radicais e disruptivas. A Tabela 10 aponta a frequência que cada empresa inova nesses níveis.

Tabela 11 - Impacto de inovações incrementais, radicais e disruptivas.

FREQUÊNCIA	INCREMENTAIS		RADICAIS		DISRUPTIVAS	
	QUANTIDADE	%	QUANTIDADE	%	QUANTIDADE	%
Nunca	2	4,26%	8	17,02%	16	34,04%
Raramente	5	10,64%	18	38,30%	17	36,17%
Às vezes	14	29,79%	18	38,30%	12	25,53%
Frequentemente	23	48,94%	2	4,26%	2	4,26%
Sempre	3	6,38%	1	2,13%	0	0,00%
TOTAL	47	100,00%	47	100,00%	47	100,00%

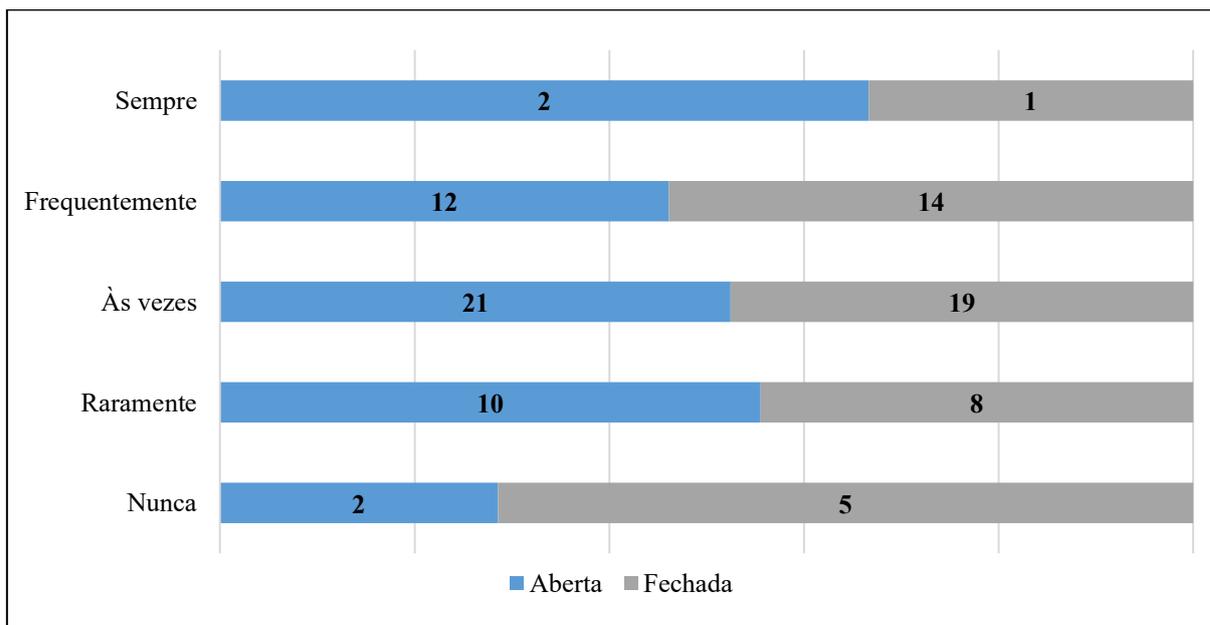
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

A inovação incremental, conforme colocam Tidd, Bessant e Pavit (2008, p. 35) “[...]é uma estratégia gerencial de grande potencial, porque inicia a partir de algo conhecido que a empresa vai aprimorar”. Representam, em sua maioria, pequenas evoluções que percebidas pelo consumidor e é a estratégia mais trabalhada pelas empresas da pesquisa, onde 23 delas alegam realizar inovações incrementais frequentemente.

Inovações que causam descontinuidades de marketing ou tecnológica e criam novos paradigmas para um setor de mercado, são consideradas inovações radicais (JENOVEVA NETO, 2016; OCDE, 2018). Apenas 3 empresas do estudo têm frequência satisfatória nesse âmbito. A inovação disruptiva, por sua vez, muitas vezes não é atraente para o consumidor-alvo no momento de seu lançamento por ir além da demanda do mercado, porém, após um período, causa enorme impacto sobre todo um sistema produtivo. É a classe mais incipiente de acordo com a pesquisa, sendo 3 a soma das empresas que “nunca” ou “raramente” inovam nesse nível.

Encerrando os questionamentos baseados nos conceitos de categorização do Manual de Oslo (OCDE, 2018), a pesquisa buscou identificar o grau de controle sobre o processo inovador, dividido entre fechado e aberto. A Figura 4 expressa grande paridade nas respostas para as duas classificações de controle da inovação.

Figura 4 – Controle da inovação aberta e fechada.



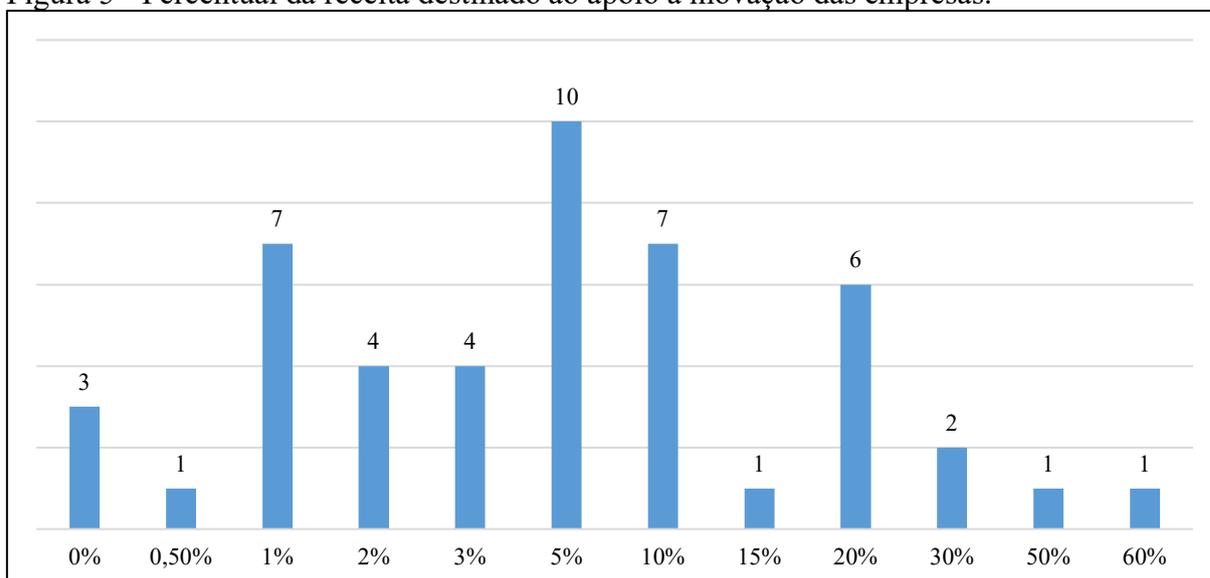
Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Na metodologia usada na inovação fechada as ideias são geradas, desenvolvidas, prototipadas e introduzidas no mercado pela própria organização, enquanto a *open innovation* leva em conta que o mundo é abundante em conhecimento e investe na lógica colaborativa, tanto na entrada como também na saída de ideias e processos (PANISSON, 2019).

Há grande semelhança na frequência de uso tanto do modelo de controle de inovação aberto, quanto do fechado, sendo a resposta “às vezes” a maior tendência para esse questionamento. Vale ressaltar também que em ambos os modelos há um expressivo número de empresas que responderam com “frequentemente”, revelando um importante viés inovador nas empresas das 12 cidades sul catarinenses.

A pesquisa em seguida questionava a organização acerca do percentual da receita destinado ao apoio às inovações. O resultado da Figura 5 mostra que mais de 60% das 47 empresas investem entre 0 e 5% de suas receitas nas atividades inovadoras.

Figura 5 - Percentual da receita destinado ao apoio à inovação das empresas.



Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

Em contrapartida, 18 empresas revertem entre 10 e 60% de suas receitas em ações de apoio à inovação, perfazendo pouco mais de 38% do total. Nesse contexto, Araújo (2012, p.31) sustenta a importância do amparo financeiro às atividades inovadoras e seu provável resultado: “[...] o montante investido em inovação, que, por sua vez, se transforma em resultados na forma de maior *market share*, crescimento das receitas, exportações, produtividade, entre outros”.

As empresas foram questionadas também acerca da existência de instrumentos que estimulem a inovação por parte dos funcionários. Das 47 exportadoras da AMREC, apenas 15, ou seja, 31,91% responderam que “sim”, se utilizam de ferramentas de fomento à inovação voltada aos seus colaboradores. A maior parte das participantes, totalizando 32, responderam que “não” há esse tipo de estímulo na empresa.

Teixeira, Biz e Teixeira (2019, p. 69) alegam que, mesmo que a inovação pareça ser algo sem uma fórmula exata ou sem um padrão a seguir, o foco essencial deverá ser sempre as pessoas, de colaboradores a consumidores. Os autores ainda colocam a importância da consciência inovadora em todas as esferas da organização: “[...] Mudança de cultura, mudança de *mindset* dos colaboradores para a inovação e adesão de práticas que venham a solucionar problemas reais com a cocriação de todos”.

Na continuidade do estudo, avaliou-se junto às empresas quais são os principais instrumentos utilizados no incentivo à prática inovadora por parte dos funcionários. A Tabela 11 traz as respostas das 15 empresas que responderam “sim” anteriormente.

Tabela 12 - Principais instrumentos de incentivo à inovação por parte dos funcionários.

INSTRUMENTOS	QUANTIDADE	%
Ambiente de trabalho propício	1	5,56%
Capacitação profissional	4	22,22%
Diálogo entre os níveis da organização	2	11,11%
Instrumentos para coleta de sugestões	1	5,56%
Pesquisa e desenvolvimento	4	22,22%
Programas de gestão	3	16,67%
Valorização dos funcionários	3	16,67%
TOTAL	18	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

A pergunta permitia múltipla escolha de alternativas, gerando um total de 18 respostas. Identificou-se então que os instrumentos mais empregados no fomento à inovação são a capacitação profissional e a pesquisa e desenvolvimento, com 22,22% cada. Os programas de gestão e a valorização dos funcionários vêm na sequência, com 16,67% cada.

Finalizou-se o módulo da pesquisa questionando as organizações a respeito da existência de parcerias / projetos com instituições de pesquisa / universidades no âmbito da inovação. Se constatou que apenas 11, ou 23,40%, afirmaram que contam com algum tipo de parceria nesse sentido, contra 36 empresas, ou 76,60% do total, que não têm tal cooperação externa.

Das 11 empresas que dispõe de auxílio externo na prática da inovação, apenas 9 responderam a questão final, que referia-se aos tipos de parcerias / projetos com instituições de pesquisa / universidade que as empresas se beneficiam. A Tabela 12 mostra o resultado das respostas obtidas.

Tabela 13 - Parcerias / projetos com instituições de pesquisa / universidades.

INSTRUMENTOS	QUANTIDADE	%
--------------	------------	---

Desconto em instituições de ensino superior locais	1	11,11%
Desenvolvimento de produtos	2	22,22%
Parceria com a FIESC	2	22,22%
Parceria com a SATC	1	11,11%
Parceria com o SENAI	1	11,11%
Parceria com o SESI	1	11,11%
Projeto de pesquisa com a UFSC	1	11,11%
TOTAL	9	100,00%

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da pesquisa (2020).

A colaboração para desenvolvimento de projetos e parceria com a FIESC (Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina) foram as duas alternativas com maior número de respostas, com 22,22% cada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Trott (2012) coloca a inovação como o gerenciamento de todas as ações e atividades que estão de certa forma envolvidas na concepção de novas ideias, desenvolvimento ou aprimoramento de tecnologias e processos fabris e marketing de novos produtos. O Manual de Oslo (OCDE, 2018) afirma que o gerenciamento da inovação é essencial em modelos de negócios bem-sucedidos, onde se implementam métodos para melhor atender às necessidades dos usuários em relação ao que os concorrentes podem oferecer, frutos da gestão e do desenvolvimento da prática inovadora.

O estudo buscou identificar os modelos de gestão e o desenvolvimento de práticas inovadoras utilizados pelas empresas exportadoras do sul de Santa Catarina perante o mercado internacional, alicerçado nos conceitos estabelecidos no Manual de Oslo (OCDE, 2018). Neste trabalho contou-se com a colaboração e respostas de 47 empresas localizadas na região da AMREC, sendo a maior parte (70,21%) classificadas por médio porte e com grande concentração nos municípios de Criciúma (31,91%), Içara (19,15%) e Morro da Fumaça (14,89%). Outra importante característica da população do estudo é a forte presença da indústria de transformação, com 16 empresas do setor metal mecânico e metalúrgico, 13 do setor químico e plástico e outras 12 do setor cerâmico.

Constatou-se ainda, quanto à inovação na área de negócio da empresa, que há maior frequência na atividade inovadora aplicada em produtos e serviços, onde as organizações inovam “frequentemente” e “sempre” em 68,09% e 42,55% dos casos, respectivamente. Em relação à inovação em processos industriais, há uma satisfatória atividade das exportadoras sul catarinense, uma vez que 48,94% afirmam que inovam frequentemente nesse âmbito.

Em contrapartida a inovação nos níveis de gestão nas empresas tem menor emprego, considerando que 34,04% alegam que apenas “às vezes” desempenham essa atividade, somando-se a outros 23,40% que responderam com “raramente” e “nunca” a esse questionamento. O modelo de negócios é o tópico em que menos se inova dentre as exportadoras da AMREC, onde mais da metade das participantes (57,45%) declaram que “raramente” ou “nunca” têm atividades inovadoras.

Constata-se na observação dos resultados que o modelo de difusão da inovação no universo pesquisado é, predominantemente, direcionado para a empresa em detrimento da geração de inovação direcionada para o mundo. A inovação com direcionamento para o mercado apresenta-se com uma atividade razoavelmente positiva, onde chega-se à conclusão que a região adota práticas inovadoras principalmente voltadas para as próprias organizações.

As inovações incrementais também têm grande sobreposição em relação às inovações radicais e inovações disruptivas, denotando uma disposição das empresas para a atividade inovadora de menor impacto e investimento. A inovação incremental porém, conforme apontam Tidd, Bessant e Pavit (2008) é uma estratégia com grande potencialidade para a empresa. O grau de controle da inovação, classificado como aberta ou fechada, demonstrou equidade entre as categorias, não havendo tendência para um ou outro que se justificasse.

As empresas da pesquisa direcionam, em sua maioria (61,70%), até 5% de suas receitas em ações de apoio e fomento à inovação. Há destaque também para 7 empresas que afirmam direcionar 10% e outras 6, 20%, de suas receitas no estímulo da prática inovadora. Um importante tema que foi identificado pelo estudo a ser desenvolvido pelas organizações, é a baixa utilização do potencial inovador dos colaboradores, visto que apenas 15 organizações declaram ter algum tipo de instrumento de incentivo à inovação por parte dos funcionários.

Dentre tais instrumentos de fomento, se podem destacar a capacitação profissional e a pesquisa e desenvolvimento como os mais executados pelas empresas da pesquisa, ratificando o direcionamento interno (inovação incremental) da prática inovadora. Outro ponto a ser melhor trabalhado regionalmente no âmbito da inovação nas empresas exportadoras é o incipiente número de parcerias / projetos com instituições de pesquisa / universidade, onde somente 11 empresas responderam que têm algo vigente nesse contexto. Parceria com a FIESC e desenvolvimento de produtos são os principais objetos dessas respostas, destacando uma oportunidade para o crescimento da prática da inovação aberta (*open innovation*) entre as instituições geradoras de conhecimento e pesquisa, órgãos governamentais com viés de amparo à inovação e as empresas exportadoras localizadas na região da AMREC.

O estudo oferece uma perspectiva da gestão e desenvolvimento das práticas de inovação pelas empresas que tem relação direta com o mercado internacional no sul de Santa Catarina. Tal perspectiva se mostra relevante para melhor identificar e delinear futuras políticas de fomento no contexto da prática inovadora.

Os fatores limitantes do estudo podem ser identificados na ausência das demais empresas exportadoras da região e também em uma entrevista em profundidade junto às organizações participantes da pesquisa. Outros estudos semelhantes, segmentados por setor, porte de empresas ou cidades podem proporcionar uma visão mais detalhada e específica acerca da inovação.

AGRADECIMENTOS

À Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (FAPESC) e a Associação Catarinense das Fundações Educacionais (ACAFE), por meio da chamada pública 06/2017, contrato 2018TR1542 e protocolo de entrada 1673/2018, contemplando uma pesquisa com amplitude maior, intitulada “Do Sul Catarinense (AMREC) para o mundo: exportação de práticas e soluções inovadoras”.

Ao Grupo de Pesquisa Gestão e Estratégia em Negócios Internacionais – GENINT da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

REFERÊNCIAS

AMREC - ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO CARBONÍFERA. **Municípios associados**. 2020. Disponível em: <https://www.amrec.com.br/index/municipios-regiao/codMapaItem/140366>. Acesso em: 18 abr. 2020.

ARBIX, G.; SALERNO, M.; DE NEGRI, J. **Inovação via internacionalização, faz bem para as exportações brasileiras**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). 2004.

ARAÚJO, A. K.; ARAÚJO, R. M. **A inovação de processos: um estudo no segmento de restaurante**. Revista CULTUR, ano 7, n. 3, 2013.

ARAÚJO, B. C. **Políticas de apoio à inovação no Brasil: Uma análise de sua evolução recente**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). 2012.

BESSANT, J.; TIDD, J. **Inovação e empreendedorismo**. [S.l.]: Bookman.2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Empresas brasileiras exportadoras e importadoras**. 2020. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/empresas-brasileiras-exportadoras-e-importadoras>. Acesso em: 18 abr. 2020.

BRASIL. BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. **Porte de empresa**. 2020. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/financiamento/guia/porte-de-empresa>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CAVUSGIL, S. T.; KNIGHT, G.; RIESENBERGER, J. R. **Negócios internacionais: estratégia, gestão e novas realidades**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

CHESBROUGH, H. W. **Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology**. Boston: Harvard Business School Press, 2003.

CIGNACCO, B. R. **Fundamentos de comércio internacional para pequenas e médias empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRESWELL, J. W. **Projeto de pesquisa: Métodos qualitativo, quantitativo e misto**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DE MATOS, G. P. Inovação de marketing. *In*: TEIXEIRA, C. S. BIZ, A. TEIXEIRA, M. M. C. (org.). **Inovação e suas características: alinhamento conceitual**. São Paulo: Perse, 2019. p. 17-19.

DIEHL, A. A.; TATIM, D. C. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2004.

DONDOSSOLA, A. ; ZILLI, J. C. ; VOLPATO, D. ; VIEIRA, A. C. P. Internacionalização de empresas brasileiras: o caso de uma exportadora de arroz. **Revista Gestão & Sustentabilidade - RG&S**, v. 1, p. 1-20, 2019.

GANZER, P. P.; CHAIS, C.; OLEA, P. M. Product, process, marketing and organizational innovation in industries of the flat knitting sector. **RAI Revista de Administração e Inovação**, [S.l.], v. 14, n. 4, p.321-332, 2017.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

JENOVEVA NETO, R. **A capacidade absorptiva no processo de gestão da inovação: análise em empresas consideradas inovadoras**. 2016. Tese (Doutorado em Engenharia e Gestão do Conhecimento) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Tecnológico, Florianópolis, 2016.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

MALHOTRA, N. K. **Introdução à pesquisa de marketing**. São Paulo: Prentice Hall, 2005.

MALHOTRA, N. **Pesquisa de marketing: uma orientação aplicada**. 4.ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.

MARTIN, M. J. C. **Managing innovation and entrepreneurship in technology-based firms**. New York: John Wiley & Sons, 1994.

OCDE, 2018. **Oslo Manual 2018: Guidelines for Collecting, Reporting and Using Data on Innovation**. Luxembourg: OECD Publishing, 2018.

PEREIRA, J. R.; ZILLI, J. C. ; VIEIRA, A. C. P. ; VOLPATO, D. . Business internationalization: decisive factors for decision-making. **Brazilian Journal of Development**, v. 4, p. 472-501, 2018.

ROGERS, E. M. **Diffusion of Innovations**. 5th. New York: Free Press, 2003.

SAMPIERI, R. H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. P. B. **Metodologia de pesquisa**. 5 ed. Porto Alegre: Penso, 2013.

SCHUMPETER, J. A. **A teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

TAVASSOLI, S.; KARLSSON, C. Persistence of various types of innovation analyzed and explained. **Research Policy**, v. 44, n. 10, p. 1887-1901, 2015.

TEIXEIRA, C. S. BIZ, A. TEIXEIRA, M. M. C. (org.). **Inovação e suas características: alinhamento conceitual**. São Paulo: Perse, 2019.

TIDD, J.; BESSANT, J; PAVITT, K. **Gestão da inovação**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2008.

TROTT, P. **Gestão da inovação e desenvolvimento de novos produtos**. 4. ed., Porto Alegre: Bookman, 2012.

VERGARA, S. C. **Métodos de pesquisa em administração**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZILLI, J. C.; GIANEZINI, M.; VIEIRA, A. C. P. O Porto de Imbituba no Desenvolvimento do Sul de Santa Catarina. **Anais eletrônicos [...]**, Caxias do Sul. 2015. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/mostraucspgga/xvmostrappga/paper/viewFile/4144/1287>. Acesso: 19 abr. 2020.

ZILLI, J. C.; HEINZEN, M. ; VIEIRA, A. C. P. Estratégias e grau de internacionalização de empresas transformadoras de polímeros. **Revista de Administração de Roraima - RARR**, v. 5, p. 23-41, 2015.

ZILLI, J. C.; LOCKS, A. S. ; FREIRE, P. S. ; ENGEL, E. P. J. Innovation in the brazilian exporting companies. **International Journal of Development Research**, v. 6, p. 30909-30914, 2019.

ZILLI, J. C.; FREIRE, P. S. The innovation in the ceramic tile exporting industries in Santa Catarina, Brasil **International Journal of Development Research**, v. 10, p. 34832-34837, 2020.

Biodiversidade, conhecimento tradicional e direito de patente: o caso da *Carapanaúba**

Biodiversity, traditional knowledge and patent law: the case of Carapanaúba

Marcos Vinício Chein Feres¹

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5045-3436>

Amanda Carrara Marcelino²

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1885-9203>

Lívia Tambasco Freire Fernandes³

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4839-1840>

RECEBIDO 22/04/2019

APROVADO 25/04/2019

PUBLICADO 30/03/2019

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

Resumo

Este artigo possui o intuito de investigar a existência de uma possível lógica de apropriação colonial no sistema internacional de patentes, por meio de informações coletadas no *patentscope*, base de dados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). Para tanto, realiza-se um estudo segundo relatos etnográficos e artigos científicos sobre o recurso genético natural *Aspidosperma sp.*, planta de ocorrência na Floresta Amazônica, conhecida como *Carapanaúba*. Os dados são coletados, codificados e contrapostos por meio da Teoria Fundamentada nos Dados, com base nos estudos de Kathy Charmaz (2009), e das Regras de Inferência de Gary King e Lee Epstein (2014). São utilizadas as ideias de Walter Mignolo

* Este artigo possui o apoio do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG).

¹ Professor Titular da Faculdade de Direito e Professor do Corpo Permanente do Mestrado em Direito e Inovação da UFJF. Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Mestre e Doutor em Direito pela UFMG. Pesquisador de Produtividade nível 2 do CNPq. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5045-3436>.

² Graduanda da Faculdade de Direito da UFJF. Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1885-9203>.

³ Graduanda da Faculdade de Direito da UFJF. Bolsista de Iniciação Científica (BIC/UFJF). Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4839-1840>.

(2008) e Aníbal Quijano (2000) como ponto de partida teórico. Finalmente, a teoria é extraída dos dados, ou seja, evidencia-se a sobreposição do sistema de patentes ao conhecimento tradicional, demonstrando uma relação de apropriação e de colonialidade do poder imposto pelos países desenvolvidos sobre países em desenvolvimento.

Palavras-chave: Carapanaúba. *Aspidosperma*. patente. OMPI.

Abstract

This article aims to investigate the existence of a possible logic of colonial appropriation in the international patent system, through information collected in the *patentscope*, a database from the World Intellectual Property Organization (WIPO). Therefore, a study is carried out according to ethnographic reports and scientific articles on the natural genetic resource *Aspidosperma sp.*, a plant occurring in the Amazon Forest, known as Carapanaúba. The data are collected, coded and compared using Grounded Theory, based on Kathy Charmaz's studies (2009), and the rules of inference from Gary King and Lee Epstein (2014). The ideas of Walter Mignolo (2008) and Aníbal Quijano (2000) are used as a theoretical point of departure. As a result of this research, a theory is extracted from the data, that is, the overlapping of the patent system with traditional knowledge is evident, demonstrating a relationship of appropriation and colonial power imposed from developed countries over developing countries.

Keywords: *Carapanaúba*. *Aspidosperma*. patent. WIPO.

Resumen

Este artículo tiene como objetivo investigar la existencia de una posible lógica de apropiación colonial en el sistema internacional de patentes, por intermedio de la información recopilada en *patentscope*, una base de datos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Por lo tanto, se realiza un estudio de acuerdo con informes etnográficos y artículos científicos sobre el recurso genético natural *Aspidosperma sp.*, una planta que se encuentra en la selva amazónica, conocida como *Carapanaúba*. Los datos se recopilan, codifican y comparan utilizando la teoría fundamentada en los datos, basada en estudios de Kathy Charmaz (2009), y las reglas de inferencia de Gary King y Lee Epstein (2014). Las ideas de Walter Mignolo (2008) y Aníbal Quijano (2000) se utilizan como fundamento teórico. Finalmente, la teoría es extraída de los datos, o sea, la superposición del sistema de patentes con el conocimiento tradicional es evidente, lo que demuestra una relación de apropiación y colonialidad del poder impuesto de los países desarrollados sobre los países en desarrollo.

Palabras clave: *Carapanaúba*. *Aspidosperma* patente. OMPI

1. Introdução

A presente pesquisa pretende verificar a existência de uma possível lógica colonial dominante no processo de organização do sistema internacional de patentes, por meio de coleta de dados realizada no *patentscope*, base de dados da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI). Trata-se de um estudo de caso envolvendo a planta, encontrada na biodiversidade brasileira, conhecida como Carapanaúba ou *Aspidosperma sp.* Este recurso genético natural, de ocorrência na Floresta Amazônica, advém da casca de árvore utilizada por comunidades tradicionais para tratar diversos males do corpo humano. Ao acessar o *patentscope*, promove-se busca avançada no sistema por meio da palavra-chave, *Aspidosperma*.

Utilizando como ponto de partida teórico-crítico os pensamentos de Walter Mignolo (2008) e de Aníbal Quijano (2000), intenta-se analisar as patentes concedidas, já registradas na base de dados do *patentscope*, de modo a contrapor esses registros a relatos etnográficos e trabalhos acadêmicos os quais revelem o conhecimento tradicional de comunidades que empreguem a Carapanaúba em suas práticas locais.

Os dados são coletados, tabulados e analisados, de acordo com as regras de inferência propostas por Lee Epstein e Gary King (2014). A fim de analisar todo esse conjunto de dados a partir das referências teóricas, vale-se, ainda, da Teoria Fundamentada nos Dados, descrita por Kathy Charmaz (2009), de sorte a codificá-los e categorizá-los para, ao final, se produzir uma generalização teórica relativamente mais consistente.

Assim, os resultados da coleta de patentes e as propriedades científicas das espécies de *Aspidosperma*, extraídas por meio de revisão bibliográfica, são codificados e categorizados concomitantemente ao processo de análise para que se possa extrair uma construção teórica baseada no problema de pesquisa.

Quanto à pergunta que orienta essa pesquisa, indaga-se se o sistema jurídico de patentes, adotado internacionalmente, contém indicações no sentido de uma possível apropriação de recursos genéticos naturais da biodiversidade brasileira e do conhecimento tradicional associado, reforçando, assim, a lógica colonial de dominação de países centrais

sobre países periféricos.

A teoria que pôde ser extraída dos dados é a de que, a partir da comparação entre o conhecimento tradicional encontrado nos relatos etnográficos e a consequente utilização do recurso genético natural pela indústria cosmética e farmacêutica pertencente a países desenvolvidos, o sistema de patentes se sobrepõe ao conhecimento proveniente das comunidades tradicionais, o que pode evidenciar uma provável relação de apropriação e de colonialidade do saber e do poder de países desenvolvidos sobre países em desenvolvimento, nos termos descritos por Mignolo (2008) e por Quijano (2000).

É importante destacar aqui que a teoria fundamentada nos dados consiste na generalização referente às relações entre o conhecimento científico convencional e o conhecimento de povos tradicionais. Desse modo, a relação de dominação de países desenvolvidos sobre países em desenvolvimento advém de um processo de confirmação das proposições teóricas de Mignolo (2008) e de Quijano (2000). Todavia essa confirmação só se torna possível depois do processo de construção da teoria fundamentada nos dados porque esta, sim, se constitui a partir de relações de codificação e de categorizações de situações específicas incentivadas pelo sistema jurídico de patentes as quais culminam por reforçar a proposição teórica sobre dominação colonial.

Assim sendo, há duas vertentes metodológicas aqui: uma que se estrutura mais como confirmação de proposições teóricas e outra que se constitui como um processo de construção teórica específica a partir de dados extraídos tanto do sistema jurídico de patentes quanto dos relatos etnográficos referidos ao uso da Carapanaúba. Nesta generalização teórica específica, pretende-se recorrer aos instrumentos da teoria fundamentada nos dados de Kathy Charmaz (2009).

Este trabalho se divide em três partes, a saber, a primeira parte consiste em explicação sobre a planta do gênero *Aspidosperma*; a segunda se refere à metodologia e à coleta dos dados; a terceira parte destaca a construção e a confirmação teóricas a partir dos dados coletados e, por fim, apresentam-se sucintas considerações finais.

2. *Aspidosperma sp* e conhecimento tradicional:

Carapanaúba, peroba, guatambu, pau-pereiro e quina são nomes populares para se referir ao gênero *Aspidosperma*, encontrado na América do Sul, especialmente entre México e Argentina (Almeida, 2019). No Brasil, a maior concentração de espécies do gênero se encontra na Amazônia, apesar de também estarem presentes em outros domínios fitogeográficos, como Mata Atlântica, Cerrado e Caatinga (Castello et al, 2019). Das árvores de dois a 60 metros de altura, a *Aspidosperma sp.* é utilizada para uso medicinal tradicional como remédio para distúrbios no fígado, para resfriados e como analgésico (Tanaka, 2006).

Tais formas de utilização da *Aspidosperma sp.* estão relacionadas a características próprias de comunidades tradicionais. Como explica Diegues (2008), esses povos se caracterizam por um conhecimento aprofundado da natureza, numa relação de dependência com esta, que se reflete no uso e manejo de seus recursos naturais, resultando em um modo de vida próprio. Além disso, as práticas decorrentes desse conhecimento possuem importantes rituais, mitos e simbologias, assim como são atividades de subsistência, ainda que “a produção de mercadorias possa estar mais ou menos desenvolvida” (Diegues, 2008, p.89). O autor também lembra de outro aspecto que considera importante na caracterização das comunidades tradicionais, a saber, é o *reconhecer-se* como pertencente àquele grupo social particular, critério que remete à identidade de um povo.

Dessa forma, pode-se entender que o conhecimento tradicional se choca com o padrão mundial de poder dos centros hegemônicos os quais produziram uma perspectiva baseada em medidas, quantificação e objetivação do que pode ser conhecido (Quijano, 2000). Nas palavras de Aníbal Quijano (2000, p. 343), a modernidade/racionalidade:

Trata-se da perspectiva cognitiva produzida ao longo do tempo desde o conjunto do mundo eurocentrado do capitalismo colonial/moderno e que naturaliza a experiência dos povos nesse padrão de poder. Isto é, faz com que percebam como naturais e, por consequência como dados, não suscetíveis de serem questionados (tradução livre)⁴

⁴ No original: Se trata de la perspectiva cognitiva producida en el largo tiempo del conjunto del mundo eurocentrado del capitalismo colonial/moderno y que naturaliza la experiencia de las gentes en este patrón de poder. Esto es, las hace percibir como naturales, en consecuencia como dados, no susceptibles de ser cuestionados.

Essa noção de racionalidade dominante pode ser também percebida nos estudos de Antônio Carlos Diegues, na medida em que alega que a biodiversidade tem sido bastante estudada pelos cientistas naturais, enquanto os cientistas sociais ficam apartados de discussões acerca do tema, conquanto estes tenham muito a dizer sobre como a natureza pode ser preservada se conectada aos povos tradicionais. Acrescente-se a isso a perspectiva de Mignolo (2008) quando afirma que a opção decolonial se abre à diversidade de possibilidades epistêmicas e políticas, oprimidas pela supremacia da racionalidade ocidental. Esta racionalidade é a que orienta, informa e estrutura o sistema jurídico de patentes, de forma a excluir outros saberes do processo de análise de invenções e criações. Nesse sentido, vale ressaltar a relação entre direito autoral e a literatura de cordel, em que a autora Caldas Barros (2013) reforça a relevância da aplicação da função social à propriedade intelectual. Por esse prisma, é importante avaliar a organização e modo de operação do sistema jurídico de patentes de modo a verificar traços dessa racionalidade ocidental e dessa colonialidade do poder e do saber na lógica operativa do sistema de patentes em nível internacional.

É sob a perspectivas de um conhecimento tradicional que traz dentro de si elementos de criatividade, inventividade e inovação que se pretende avaliar invenções calcadas no caso específico da Carapanaúba a fim de se constatar se existem indícios de apropriação desse tipo de conhecimento por meio do sistema jurídico de patentes.

3. Metodologia e Coleta de dados

A opção metodológica pela Teoria Fundamentada nos Dados se justifica a partir dos questionamentos propostos por Kathy Charmaz (2009, p. 63) para que os dados coletados sejam, de fato, significativos para a análise empírica objetivada:

De onde vieram os dados? Quem participou de sua construção? O que os autores pretendiam? Os participantes disponibilizaram informações suficientes para que fossem feitas interpretações plausíveis? E possuímos conhecimento o bastante das áreas relevantes para ler e compreender suas palavras?

A partir do primeiro desses questionamentos, justifica-se a escolha do *patentscope* como base de dados utilizada para a busca das patentes na medida em que esta é uma base de

dados organizada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) que fornece informações de pedidos de patentes de acordo com o Tratado de Cooperação Internacional de Patentes (PCT), além de conter documentos de escritórios nacionais e regionais dos Estados signatários do PCT. Vale ressaltar que atualmente o PCT conta com 153 Estados signatários, conforme sítio oficial da WIPO (2020), o que serve para validar esse mecanismo de busca como relevante e passível de replicação.

A fim de comparar os dados coletados no *patentscope* sobre as patentes relacionadas ao recurso genético da *Aspidosperma sp.* com os relatos etnográficos e estudos botânicos, foram utilizados os parâmetros metodológicos da Teoria Fundamentada nos Dados, tomando como base de análise as questões supracitadas elaboradas por Charmaz (2009). Tal comparação busca verificar se o uso de propriedades de plantas pertencentes ao gênero *Aspidosperma* pelos países desenvolvidos pode indicar uma relação de apropriação do conhecimento tradicional, o que, em linha de princípio, demonstraria a antiga lógica colonial de dominação de países centrais sobre países periféricos no sentido exposto por Mignolo (2008) e Quijano (2000).

A construção de tal comparação tem início com a coleta e, posterior, análise dos dados. Em consonância com as Regras da Inferência de Lee Epstein e Gary King (2014, p.15), para que se possa garantir a confiabilidade e a replicabilidade da pesquisa, faz-se necessário descrever o processo da coleta de dados desta pesquisa a fim de que outros pesquisadores possam replicá-la.

Para analisar as patentes com potencial apropriação de conhecimento tradicional, é utilizada a plataforma do *patentscope*. A busca por essas informações é realizada por meio do acesso ao site da OMPI (<https://www.wipo.int/portal/en/>), onde se deve procurar pela aba “conhecimento” no menu e acessar o tópico “PATENTSCOPE”.

Em seguida, ao encontrar a caixa de pesquisa, deve-se optar pela pesquisa avançada e selecionar o filtro “qualquer campo”, para que a palavra-chave utilizada, a saber, *Aspidosperma*, gênero tratado aqui, possa aparecer nos resultados em qualquer campo, seja no título seja em sua descrição. Além disso, a pesquisa avançada permite que o pesquisador escolha o idioma das patentes obtidas pela busca no site. Dado que o presente trabalho

pretende uma busca global, foi selecionada a opção “todos”.

Em junho de 2019, foram obtidos 177 resultados de pedidos de patente, os quais foram analisados individualmente: cada resultado possui um hiperlink que direciona o pesquisador a uma aba específica daquele pedido, onde são encontradas informações adicionais. Importa saber qual pedido, de fato, foi concedido e, para tanto, em cada resultado foi verificado se havia um número ou data de concessão do referido pedido de patente. Os resultados que não continham essa data ou número de concessão foram descartados, restando somente 66 patentes. Nestas invenções, realizou-se uma análise preliminar para saber se o gênero pesquisado (*Aspidosperma*) foi utilizado apenas de forma exemplificativa, seja para demonstrar o estado da técnica, seja para indicar uma possibilidade de uso junto à invenção de fato.

Quanto às “famílias” de patentes, a saber, patentes iguais cujos depositantes designaram o pedido para mais de um escritório nacional de países diversos, optou-se por avaliar o pedido principal, em que estão registradas, na aba de “Fase Nacional”, as informações referentes à concessão (ou não) dos demais escritórios. Realizado esse processo de descarte, restaram 8 resultados, os quais foram sistematizados no Quadro 1, abaixo transcrito.

O Quadro 1, elaborado a partir da coleta supracitada, pode ser descrito da seguinte maneira: a primeira coluna apresenta o título, isto é, nome com o qual a patente foi submetida no depósito originário. A segunda coluna refere-se ao número do pedido relacionado àquela patente. A terceira coluna apresenta o(s) país(es) designados que concederam a patente. A quarta e quinta colunas mostram, respectivamente, número e data da concessão.

Quadro 1 – Patentes relacionadas à *Aspidosperma* concedidas

Título	Nº do Pedido	Países Designados	Nº de Concessão	Data de Concessão
I. Small molecule inhibitors of hepatitis c virus	WO2011056630	US	13504822	03.11.2015

2. Use of uleine for the prevention and/or the treatment of infectious diseases	WO2011160684	EP	2010737300	25.03.2015
3. Application of tannins to reduce odor emissions from animal waste	US08137660	US	08137660	20.03.2012
4. Composition for treating aids and associated conditions	US20140023731	US	08771763	08.07.2014
5. Pyrrolo(2,3-d)carbazole derivatives and preparation thereof	CA1185605)	CA	-	16.04.1985
6. A new process of the synthesis of 3',4'-anhydrovinblastine, vinblastine and vincristine	CA1341262	CA	-	26.06.2001
7. Using plant extracts, or active ingredients purified from them, as lipolytic, slimming and anti-cellulitis agents, in cosmetic, nutraceutical or pharmaceutical compositions	FR2865652	FR	-	02.10.2009
8. Compositions and methods for increasing adipose metabolism, lipolysis or lipolytic metabolism via thermogenesis	US20080152732	US	07955624	07.06.2011

Vale ressaltar, nesse momento, que a metodologia da teoria fundada nos dados (TFD), propõe outros questionamentos ao pesquisador sobre os dados coletados e sua codificação. “Quais os tipos de comparações posso estabelecer entre os dados? Como essas comparações geram e comunicam as minhas ideias?” (Charmaz, 2009, p. 37). Para encontrar respostas a tais perguntas e ater-se ao problema central dessa pesquisa, a saber, se recursos

genéticos naturais da biodiversidade latino-americana são apropriados pelos países desenvolvidos por meio do sistema de patentes, foram coletadas informações sobre o uso tradicional da *Aspidosperma* por meio de trabalhos acadêmicos, além de suas propriedades utilizadas em laboratório. Extraem-se os códigos presentes nas descrições de patentes, expostas no Quadro 1. Uma vez de posse desses códigos extraídos de descrições patentárias, parte-se para a busca bibliográfica no sentido de verificar relatos ou experiências ligados ao conhecimento tradicional dos povos da região Amazônica.

Assim, seguindo a lógica da TFD, é possível comparar tais dados na medida em que se verificam, de um lado, as informações das patentes que envolvem o composto da *Aspidosperma* e, de outro, as propriedades e as utilizações que se relacionam ao manejo tradicional. Nesse molde, o quadro 2 foi elaborado a partir da relação entre a espécie científica da Carapanaúba, na primeira coluna, e a codificação das propriedades científicas, na segunda coluna, e os códigos do uso tradicional da Carapanaúba, na terceira coluna.

Quadro 2 – Espécies de *Aspidosperma*, propriedades e uso tradicional

Espécie	Propriedades	Uso tradicional
<i>A. nitidum</i>	Efeito antinoceptivo e atividade antiinflamatória (Pereira et al, p. 7, 2006)	Anticonceptiva; tratamento de inflamações de útero e ovário; diabetes; problemas estomacais; câncer; febre; reumatismo; malária; hanseníase (Pereira et al, p. 2, 2006)
<i>A. album</i> e <i>A. polineuron</i>	<i>A. album</i> - antifúngico, adstringente, antitérmico, também utilizado como antiparasitário no tratamento contra malária (Fern, 2019); <i>A. polineuron</i> - antifúngico (Oliveira et al, 2009)	Malária (Pereira et al, 2007)
<i>A. excelsum</i>	<i>Antimalárico</i> (Silva, 2018) <i>Antimicrobico</i> (Oliveira, et al., 2009)	Hepatite, malária, vasodilatador, antisséptico, antimicrobiano, cicatrizante, bronquite, inflamação, febre, diabetes, câncer e malária (Silva, 2018)
<i>A. quebrachoblanco</i>	<i>Vasodilatador</i> (Oliveira, et al, 2009)	Afrodisíaco; antitérmico; enfisema, bronquite; pneumonia; impotência;

		hiperplasia prostática benigna; dispneia asmática e cardíaca (Pereira, et al., 2007)
<i>A. subincanum</i>	<i>Eestudos indicam ação contra diabetes e hipercolesterolemia - (Oliveira et al. 2009)</i>	Diabetes mellitus (Almeida, 2019)
<i>Aspidosperma pyrifolium</i>	-	Anti-inflamatório; dermatite (Ceravollo, 2018).

Por meio de revisão bibliográfica acerca destes usos, é possível observar que uma forma de utilização pode estar relacionada a uma espécie de *Aspidosperma* específica. Tendo em vista que só no Brasil são aceitas pelo menos 67 espécies de *Aspidosperma* (Castello et al, 2019), optou-se por codificar os dados sobre o uso tradicional, considerando as propriedades e os usos do gênero da planta disseminados na literatura específica a qual descreve as práticas dos povos tradicionais.

Todavia, esse processo de codificação enseja relativo cuidado quando se tem em mente estabelecer a relação com as patentes selecionadas no *Patentscope*, especialmente sobre dois aspectos. O primeiro se deve à limitação de que pode haver patentes que utilizam a *Aspidosperma sp.*, mas não contém esse nome em sua descrição, apenas sua fórmula química, conseqüentemente, tais resultados podem não ser abrangidos pela pesquisa, principalmente quando se considera o elevado número de espécies do gênero.

O segundo aspecto consiste no fato de que as patentes não fornecem informações suficientes para relacionar exatamente a espécie utilizada por elas, àquelas objeto da prática dos povos tradicionais quanto a sua finalidade. De fato, pode ocorrer que uma espécie utilizada pelas comunidades amazônicas para tratar de um determinado mal, por exemplo, seja utilizada na patente com outro fim, ou ainda, mesmo fim, porém para uma espécie diversa. Dessa forma, optou-se por coletar também informações acerca das propriedades químicas das espécies para obter percepções mais abrangentes nas descrições das patentes. Considerando o fato de que, quando é descoberta uma utilização farmacológica para uma espécie, gera-se uma expectativa de que a família dessa espécie seja potencialmente promissora (Zhu et. al, 2011).

Sendo assim, objetiva-se procurar uma possível relação entre os usos e as propriedades das espécies de *Aspidosperma* nas descrições de patentes concedidas. Mesmo que a invenção não possua o nome específico da espécie encontrada nas revisões, busca-se perceber se suas propriedades foram utilizadas, até mesmo porque o que une as espécies em um mesmo gênero *Aspidosperma* é a presença de alcalóides indólicos que conferem um amplo espectro de atividades biológicas reconhecidas a elas (Henrique, 2010).

A partir de um estudo mais aprofundado da descrição de cada uma das patentes sistematizadas no Quadro 1, construiu-se o Quadro 3, com o intuito de, sinteticamente, expor a ação específica do recurso genético na invenção, bem como a espécie utilizada. Nessa etapa foram desconsiderados os itens 3, 4 e 6, visto que, nessas patentes, a descrição não expôs a ação específica da *Aspidosperma* na invenção, restando, apenas, cinco patentes concedidas que se referem ao uso do recurso genético da planta em estudo.

Quadro 3 – Uso do recurso genético na Patente

Título da Patente	Uso da <i>Aspidosperma</i>	Espécie
1. Small molecule inhibitors of hepatitis c virus	Alcalóides da <i>Aspidosperma</i> são utilizados como inibidores do vírus causador da Hepatite C	Não especificada
2. Use of uleine for the prevention and/or the treatment of infectious diseases	Uleína, encontrada na casca da <i>A. Subinatum</i> , é o princípio ativo de um suplemento alimentar utilizado para melhorar as condições físicas de portadores de AIDS, bem como aliviar os sintomas de “doenças oportunistas”, inclusive Câncer. A descrição ainda aponta que a casca é utilizada tradicionalmente para tratar febre, úlcera, sífilis e para estimular contrações uterinas.	<i>A. subinatum</i>

5. Pyrrolo(2,3d) carbazole derivatives and preparation thereof	A síntese dos alcaloides da <i>Aspidosperma</i> , que são terapêuticos com efeitos vasodilatadores.	Não especificada
7. Using plant extracts, or active ingredients purified from them, as lipolytic, slimming and anti-cellulitis agents, in cosmetic, nutraceutical or pharmaceutical compositions	Extrato da casca da <i>A. Quebrachoblanco</i> é capaz de modular a atividade de membranas receptoras e enzimas envolvidas no processo de lipólise, promovendo perda de peso e redução de celulites.	<i>A. Quebrachoblanco</i>
8. Compositions and methods for increasing adipose metabolism, lipolysis or lipolytic metabolism via thermogenesis	O extrato da <i>A. Quebrachoblanco</i> melhora o processo de lipólise, acelera o metabolismo e possui ação termogênica. A termogênese é diretamente relacionada à vasodilatação.	<i>A. Quebrachoblanco</i>

4. Construção e confirmação teóricas a partir dos dados apresentados

Seguindo as orientações de Charmaz (2009, p. 74) sobre a TFD, questiona-se “o que os dados sugerem ou afirmam? Do ponto de vista de quem?”. Assim, os dados codificados anteriormente indicam utilizações da *Aspidosperma sp* tanto do ponto de vista tradicional, quanto do ponto de vista das ciências naturais por meio de suas propriedades. Os dados do Quadro 3 são resultado de uma possível relação entre as patentes e o uso tradicional da *Aspidosperma sp.*

A começar pela análise do Quadro 2, a *Aspidosperma nitidum*, mais conhecida como *Carapanaúba*, é utilizada popularmente no tratamento de inflamações, além de servir às comunidades amazônicas no tratamento de malária e aos índios colombianos Makuna e Taiwano, na cura de hanseníase (Pereira et al, 2006). Percebe-se que o próprio uso tradicional

da *Aspidosperma nitidum* deu origem a estudos que demonstraram os efeitos antinoceptivos em laboratório, aqueles que reduzem os efeitos da dor, como afirmam Pereira e outros (2006).

Outro uso tradicional do recurso que também foi comprovado em laboratório é o uso da *Aspidosperma album* para tratamento de malária (Pereira et al, 2007). Além disso, outras propriedades encontradas desta espécie, como as descritas no Quadro 2, são antifúngicas, adstringentes, antitérmicas. Também se constata atividade antifúngica na espécie *A. polyneuron*, que advém dos alcalóides indólicos, característica marcante do gênero *Aspidosperma*. A *Aspidosperma polyneuron*, tradicionalmente utilizada para o tratamento de malária, teve este específico uso comprovado quando testada em vitro contra esse parasita (Ceravollo, 2018).

Já a *Aspidosperma excelsum*, também chamada de *sapopema*, é utilizada para diversos males por comunidades tradicionais, tanto no Brasil quanto no Peru, pelos índios Shipibo-Conibo como, além de demais usos descritos no quadro, anticéptico, característica confirmada ao demonstrar atividade inibitória no crescimento de *Bacillus subtilis* de, pelo menos, seis alcalóides desta espécie (Oliveira et al, 2009).

A *Aspidosperma quebrachoblanco* é utilizada, dentre outros, para o tratamento de impotência (Pereira 2007), o que também pode ser verificado quimicamente em razão de sua propriedade vasodilatadora (Oliveira et al, 2009). Noutro sentido, a *Aspidosperma subicanum*, conhecida como guatambu, é utilizada popularmente para tratar diabetes (Almeida et al, 2019), havendo certo grau de confiança nesse uso a partir de estudos científicos (Oliveira et al, 2009).

Por fim, não foram encontrados estudos que determinassem propriedades farmacêuticas ou cosméticas da espécie *A. pyrifolium*. Aqui se destaca uma limitação da pesquisa, que buscou esses estudos a partir de informações de livre acesso em periódicos e bases de dados. Nessa fase da codificação, cabe destacar que as verificações em laboratório das propriedades da *Aspidosperma sp.* possam ser um indício acerca de sua absorção pela objetividade das ciências naturais e pela racionalidade científica moderna, descritas por Quijano (2000), ao demonstrar a colonialidade do saber e do poder.

Feitas as considerações acerca dos dados do quadro 2, foi possível realizar uma comparação com as descrições das patentes coletadas do quadro 1. Como propõem Glaser e

Strauss (2017), independente do conjunto de dados com que se trabalha, métodos comparativos são constantemente utilizados. Para tanto, pretende-se observar se na invenção havia alguma relação tanto dos usos tradicionais, quanto de suas propriedades. O Quadro 3 em que são destacadas as codificações dos usos da *Aspidosperma*, relacionados com as descrições do Quadro 2, constitui um resultado relevante para o processo de categorização.

Assim, é importante lembrar a indagação que fundamenta a presente pesquisa, a saber, se o sistema jurídico de patentes, adotado internacionalmente, contém indicações no sentido de uma possível apropriação de recursos genéticos naturais da biodiversidade brasileira e do conhecimento tradicional associado, reforçando, assim, a lógica colonial de dominação de países centrais sobre países periféricos.

Pode-se perceber que há certa correspondência entre o uso da *Aspidosperma* pelas comunidades tradicionais e pelos detentores de patente, tendo em vista que as cinco invenções restantes possuem significativas semelhanças entre a descrição da patente na base de dados do *patentscope* e o uso tradicional aplicado a uma das espécies de *Aspidosperma*. Estas semelhanças podem sugerir uma apropriação do conhecimento tradicional pelo sistema jurídico de propriedade industrial. Como Quijano (2000) demonstra, o colonialismo se expressa não somente por meio da dominação econômica, mas também pelo controle do conhecimento. Dessa forma o conhecimento tradicional passado de geração em geração sobre a *Aspidosperma sp.* o qual constitui a identidade de um povo (Diegues, 2008), é absorvido pelo sistema moderno e racionalista de matriz colonial que se utilizam desses saberes para constituírem monopólios de exclusividade legalmente permitidos.

Outra questão relevante a ser suscitada diz respeito aos questionamentos iniciais da pesquisa expostos por Charmaz (2009, p. 63): “os participantes disponibilizaram informações suficientes para que fossem feitas interpretações plausíveis? E possuímos conhecimento o bastante das áreas relevantes para ler e compreender suas palavras?”. A base de dados do *patentscope* disponibiliza a descrição das patentes, mas a linguagem técnica, impregnada de conhecimento matemático, químico e das ciências naturais em geral, não permite o acesso cognitivo amplo e irrestrito a suas transcrições por leigos, o que reforça a dinâmica racionalista cientificista da modernidade. Apesar de, em tese, haver o critério da

publicidade dos atos administrativos registrados no sistema jurídico de patentes, o acesso aos documentos em si não significa uma total compreensão dos conteúdos contidos em cada um dos pedidos ali registrados. Dessa forma, ao identificar e codificar os usos tradicionais do recurso natural em questão e correlacioná-los com a descrição das invenções, embora se constitua como uma tarefa de difícil execução e dotada de relativa incerteza, em função da complexidade dos conteúdos dos pedidos de patentes, compreender a relação entre esses dois mundos distintos, a saber, o da ciência e o do tradicional, há de revelar indícios empíricos significativos para a construção de uma teoria da apropriação do tradicional autorizada pelo sistema jurídico de patentes. Por fim, não se trata de simples incômodo causado pela existência de biopirataria, tal qual exposta e denunciada por Shiva (1997), mas sim de constatação empírica de relações significativas entre o que foi efetivamente concedido como patente de invenção e o que é efetivamente praticado nas comunidades tradicionais.

Conforme afirma Diegues (2008), as ciências sociais são praticamente ausentes em programas que estudam as mudanças globais na biosfera que são dominados pela meteorologia, biologia, climatologia, oceanografia, entre outros, sendo que a biodiversidade pertence também ao domínio cultural, para além do natural. Por essa perspectiva, as patentes selecionadas demonstram a racionalidade das ciências naturais, dominadas por laboratórios e empresas multinacionais, afastadas das populações tradicionais, em grande parte responsáveis pela manutenção da diversidade biológica (Diegues, 2008).

Por fim, no tocante à última parte da pergunta de pesquisa, a qual gera o processo de comprovação dos pressupostos teóricos, expostos por Mignolo (2008) e por Quijano (2000), indagou-se, inicialmente, se há a possível configuração de um processo de apropriação do saber e do fazer dos países periféricos pelos países centrais. Constata-se, a partir dos dados coletados e organizados no Quadro 1, que todos os locais designados para receberem a proteção da invenção, a saber, França, Estados Unidos, Canadá e o Escritório Europeu de Patentes, se localizam no norte do globo. Esses escritórios foram eficientes e ágeis em conceder as patentes derivadas do uso tradicional, embora em nenhum deles, possa se dizer existir esse tipo de conhecimento e uso da planta *Carapanaíba*.

Diante disso, não há dúvidas de que pode haver uma distorção significativa dos parâmetros de novidade e de inventividade, requisitos legais para a concessão da patente. À pergunta de Barbosa (2015, p. 23): “quanto de intervenção humana se necessitará, para que a novidade exista, como solução destacada do produto ou fenômeno natural?”, cabe, a partir desse estudo empírico inicial, acrescentar quanto de intervenção científica racionalista há de se necessitar para que a novidade exista como algo distinto do conhecimento tradicional? Pensar sobre esse questionamento significa ir além dos limites legalistas impostos por países desenvolvidos aos países em desenvolvimento e se pensar a propriedade intelectual sob um novo olhar e uma nova perspectiva. Nesse sentido, é relevante a crítica de Chang (2001) quando critica a rigidez da imposição legal do TRIPS (*Trade Related Intellectual Property Rights Agreement*) por países desenvolvidos aos países em desenvolvimento em aberta dissonância ao que aqueles Estados efetivamente realizaram quando no início dos próprios processos de industrialização. Todos esses elementos servem para reforçar a ideia de dominação colonial de que trata Mignolo (2008), dado que a planta *Carapanaúba* tem sua origem em países do Sul os quais são constantemente prejudicados pela dinâmica legalista do sistema de propriedade intelectual em nível internacional.

5. Considerações finais

O intuito da pesquisa foi o de compreender se a apropriação do conhecimento tradicional associado à biodiversidade de países sul-americanos é, de alguma forma, autorizado pelo sistema de patentes. O gênero *Aspidosperma sp.*, encontrado na casca de árvores em diversas regiões da América do Sul, é utilizado de diferentes formas por comunidades tradicionais espalhadas pelo continente. Por meio da base de dados da OMPI, *patentscope*, foi possível retirar informações acerca de patentes que envolvessem a *Aspidosperma sp.* em sua descrição, resultando numa seleção daquelas que de fato se utilizavam do recurso em seu processo ou sua invenção. Também se valeu de revisão de literatura específica para encontrar os usos tradicionais desse gênero, além de suas propriedades químicas.

Por meio das ferramentas metodológicas das Regras de Inferência e da Teoria Fundamentada nos Dados, a descrição das patentes foi comparada ao uso tradicional do gênero e suas propriedades para entender se havia de fato uma relação entre o conhecimento tradicional e as invenções protegidas internacionalmente. Foram encontradas cinco pedidos de patentes concedidas por países desenvolvidos as quais incorporam esse conhecimento, o que serve como indicativo de que o sistema de patentes pode auxiliar na sobreposição dos saberes e fazeres provenientes de comunidades tradicionais, evidenciando, assim, uma possível relação de apropriação e de colonialidade do saber e do poder de países desenvolvidos sobre países em desenvolvimento.

Por fim, este estudo de caso faz parte de um projeto de longa duração cujo objetivo é o de acumular múltiplos estudos de caso no sentido de fundamentar a teoria aqui preliminarmente exposta com vistas a alcançar, no futuro, uma generalização teórica mais consistente.

Referências

ALMEIDA, Vera; SILVA, Cláudia; SILVA, Andreia; CAMPANA, Priscilla; FOUBERT, Kenn; LOPES, Júlio; PIETERS, Luc. *Aspidosperma* species: A review of their chemistry and biological activities. **Journal of ethnopharmacology**, v. 231, p. 125-140, 2019.

Barbosa, Denis Borges . Quando a natureza sozinha resolve os problemas. **Revista da ABPI**, p. 3–16, 2015.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. . CGEN, Patrimônio Genético, Conhecimentos tradicionais e patentes In: Propriedade Intelectual na Agricultura, Belo Horizonte: Editora Forum, 2012, p 195-213 , ISBN978-85-7700-503-1.

Caldas Barros, Carla Eugênia. Visita ao museu da gente sergipana: existe verdade na arte de literatura de cordel - uma visão de direito autoral do artista plástico. **Revista de Propriedade Intelectual - Direito Constitucional e Contemporâneo**, v.4 n.1, p.186–227, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.16928/2316-8080.v4n1p.186-227>

CASTELLO, Ana; SIMÕES, André; PEREIRA, Andreza; KOCH, Ingrid. *Aspidosperma* in Flora do Brasil 2020 em construção. **Jardim Botânico do Rio de Janeiro**. Disponível em:

<<http://floradobrasil.jbrj.gov.br/reflora/floradobrasil/FB4520>>. Acesso em: 26, abr. 2020.

CERAVOLO, Isabela; ZANI, Carlos; FIGUEIREDO, Flávio; KOHLHOFF, Markus, SANTANA, Antônio; KRETTLI, Antoniana. *Aspidosperma pyriforme*, a medicinal plant from the Brazilian caatinga, displays a high antiplasmodial activity and low cytotoxicity. **Malaria journal**, v. 17, n. 1, p. 1-11, nov. 2018.

Chang, Ha-Joon. Intellectual Property Rights and Economic Development: Historical lessons and emerging issues. **Journal of Human Development**, v.2 n.2, p. 287–309, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/14649880120067293>

CHARMAZ, Kathy. **A construção da teoria fundamentada: guia prático para análise qualitativa**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DIEGUES, Antônio. **O mito moderno da natureza intocada**. 6. São Paulo: Editora Hucitec Nupaub, p. 77-93, 2008.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. **The University of Chicago Law Review**, 69, p. 1-133, 2002.

FERN, Ken. **Tropical Plants Database**. Disponível em: <tropical.theferns.info/viewtropical.php?id=Aspidosperma+quebracho-blanco>. Acesso em: 7, jun. 2019.

GLASER, Brian G.; STRAUSS, Anselm L.. **Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research**. New York: Routledge, Taylor and Francis Group, 2017.

HENRIQUE, Marycleuma; NUNOMURA, Sérgio; POHLIT, Adrian. **Alcalóides indólicos de cascas de *Aspidosperma vargasii* e *A. desmanthum***. *Química Nova*, v. 33, n. 2, p. 284-287, 2010.

MIGNOLO, Walter. **La opción de-colonial: desprendimiento y apertura**. *Tabula Rasa*, 8, p. 243–281, 2008.

OLIVEIRA, V.B. et al. Atividade biológica e alcalóides indólicos do gênero *Aspidosperma* (Apocynaceae): uma revisão. **Rev. bras. plantas med.**, Botucatu, v. 11, n. 1, p. 92-99, 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-05722009000100015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 26 abr. 2020.

PEREIRA, Maria; JÁCOME, Rose; ALCÂNTARA, Antônio; ALVES, Rosemeire; RASLAN, Délio. Alcalóides indólicos isolados de espécies do gênero *Aspidosperma* (Apocynaceae). **Química Nova**, v. 30, n. 4, p. 970-983, 2007.

PEREIRA, M. D. M.; SOUZA JÚNIOR, S. N.; ALCÂNTARA, A. F. C.; PILÓ-VELOSO, D.; ALVES, R. B.; MACHADO, P. O.; AZEVEDO, A. O.; MOREIRA, F. H.; CASTRO, M. S. A.; RASLAND, D. S. Constituintes químicos e estudo biológico de *Aspidosperma nitidum* (Apocynaceae). **Revista Brasileira de Plantas Mediciniais**, v. 8, n.3, p. 1-8, 2006.

SILVA, Milena. **Estudo farmacognóstico, fitoquímico e atividade antiplasmódica de *Aspidosperma eteanum* Markgr.** Tese de mestrado. Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.

Shiva, Vandana. . Biodiversity Totalitarianism: IPRs as Seed Monopolies. **Economic and Political Weekly**, v.32 n.41, p. 2582–2585, 1997.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad Del Poder y Clasificación Social. **Journal of World Systems Research**, v. 6, n. 2, p. 342–86, 2000.

TANAKA, J. C. A.; SILVA, C. C. da; OLIVEIRA, A. J. B. de; NAKAMURA, C. V.; DIAS FILHO, B. P. Antibacterial activity of indole alkaloids from *Aspidosperma ramiflorum*. **Brazilian Journal of Medical and Biological Research**, v. 39, n. 3, 387-391, 2006.

WIPO. World Intellectual Property Organization. **Patent Cooperation Treaty**. Disponível em: https://www.wipo.int/pct/en/pct_contracting_states.html. Acesso em 27 abr. 2020.

ZHU, Feng; QIN, Chu; TAO, Lin; LIU, Xin; SHI, Zh; XIAOHUA, Ma; JIA, Jia; TANA, Ying; CUIA, Cheng; LINA, Jinshun; TANA, Chunyan; JIANGA, Yuyang; CHEN, Yuzong. Clustered patterns of species origins of nature-derived drugs and clues for future bioprospecting. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 31, p.12943-12948, 2011.

VIKTOR FRANKL E O BOM FUNCIONAMENTO DA PERSONALIDADE: O CONFRONTO COM O DSM V

VIKTOR FRANKL AND THE GOOD WORKING OF PERSONALITY: THE CONFRONT
WITH DSM V

José Mauricio de Carvalho (Dr.)

Orcid: <https://www.orcid.org/0000-0002-3534-5338>

Samara Tortiere de Souza

Orcid: <https://www.orcid.org/0000-0001-6038-5860>

Taissa Cristina Chaves

Orcid: <https://www.orcid.org/0000-0002-7047-7715>

RECEBIDO 25/04/2019

APROVADO 30/04/2019

PUBLICADO 05/05/2019

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

Resumo

Neste artigo apresentamos elementos estruturais da psicologia e antropologia de Viktor Frankl: o sentido, a singularidade, a empatia e a intimidade. Mostramos que mesmo sem mencionar o autor, o DSM V adota como indicador do bom funcionamento da personalidade esses quatro elementos nucleares da teoria psicológica de Frankl. Procuramos proceder a uma comparação descrevendo como esses elementos nucleares aparecem na obra de Frankl e como estão no DSM V. Fizemos isso descrevendo como o assunto aparece na obra do psiquiatra e como o Manual da Associação Norte Americana de Psiquiatria descreve o bom funcionamento da personalidade.

Palavras-chave: Psicologia. Análise existencial. Personalidade. Funcionamento. Transtornos.

Summary

In this article we present structural elements of Viktor Frankl's psychology and anthropology: meaning, singularity, empathy and intimacy. We show that even without mentioning the author, DSM V adopts as an indicator of the proper functioning of personality these four core elements of Frankl's psychological theory. We tried to make a comparison describing how these nuclear elements appear in Frankl's work and how they are in DSM V. We did this by describing how the subject appears in the work of the psychiatrist and how the Manual of the North American Psychiatric Association describes the proper functioning of personality.

Keywords: Psychology. Existential analysis. Personality. Operation. Disorders.

Résumé

Dans cet article, nous présentons des éléments structurels de la psychologie et de l'anthropologie de Viktor Frankl: signification, singularité, empathie et intimité. Nous montrons que même sans mentionner l'auteur, le DSM V adopte les quatre éléments

centraux de la théorie psychologique de Frankl comme indicateur du bon fonctionnement de la personnalité. Nous avons essayé de faire une comparaison décrivant comment ces éléments nucléaires apparaissent dans le travail de Frankl et comment ils se trouvent dans DSM V. Nous l'avons fait en présentant comment le sujet apparaît dans le travail du psychiatre et comment le *North American Psychiatric Association Manual* décrit le bon fonctionnement du personnalité.

Mots-clés: Psychologie. Analyse existentielle. Personnalité. Fonctionnement - troubles.

1 Considerações iniciais

Viktor Frankl foi médico psiquiatra e filósofo. Essa dupla formação e tradição judaica influíram na teoria psicológica que ele elaborou. O que dizer da influência representada por essa origem familiar? (CARVALHO, 2019, p. 21):

Frankl tinha descendência judaica, o pai era de família típica originário de Mahren, cidade do antigo império Austro-Húngaro. (...) Por isso, o tempo em que viveu e sua descendência são importantes para entendermos o que ele deixou para a psicologia, (...): nos muitos estudos realizados acerca das origens de Frankl, que era de família judaica tradicional, verificou-se que devido às semelhanças de suas ideias aos princípios do judaísmo, toda a sua visão de vida se devia em grande parte à sua bagagem cultural e àquela recebida de seus antepassados.¹

A teoria psicopatológica de Frankl, construída a partir das noções de vontade de sentido (autodirecionamento), sentido e responsabilidade foi considerada importante contribuição para a Psicologia². Frankl parte de uma formação básica em psicanálise para desenvolver a logoterapia.³

Ainda que sem citá-lo, para permanecer metodologicamente na descrição dos transtornos psiquiátricos, o que caracteriza o DSM V, as ideias de Frankl foram assumidas

¹ Essa é uma questão bem estabelecida pelos estudiosos de Frankl (HERTZ, 2011, p. 23): “nos muitos estudos realizados acerca das origens de Frankl, que era de família judaica tradicional, verificou-se que devido às semelhanças de suas ideias aos princípios do judaísmo, toda a sua visão de vida se devia, em grande parte, à sua bagagem cultural e àquela recebida de seus antepassados.”

² O mérito da teoria psicológica de Frankl é atestado por diversos especialistas como salientaram estudiosos de sua obra: (MOREIRA, J. O; ABREU, A.K.C. e OLIVEIRA, M. C., 2011, p. 20/1): “Professor de neurologia e psiquiatria na Faculdade de Medicina da Universidade de Viena, foi professor visitante em Harvard, Pittsburgh, San Diego e Dallas (...) tendo recebido o título de doutor *honoris causa* de dezoito universidades (...) além do Oskar Pfiser Award, conferido pela American Psychiatric Association. Conhecido também como conferencista em mais de 193 universidades, foi sobretudo nos meios científicos dos Estados Unidos que sua figura atingiu celebridade (...) *Man’s search for meaning*, obteve tiragens superiores a três milhões de exemplares.” Esses autores apresentam ainda uma avaliação de peso da contribuição de Frankl para a psiquiatria e psicologia recordando que: “de acordo com Gordon W. Allport, trata-se do movimento psicológico mais importante de nossos dias.”

³ Como ele recordou (FRANKL, 2010, p. 76): “É sabido que Wolfgang Soucek chamou oficialmente a logoterapia de Terceira Escola Vienense de Psicoterapia.”

naquele Manual e adotadas como critério para descrever o bom funcionamento da personalidade. Para o fato chamou atenção um estudioso da obra de Frankl (PACCIOLLA, 2015, p. 341): “para mim, todos esses quatro construtos – a identidade, a autodirecionalidade, a empatia e a intimidade – úteis para verificar o funcionamento da personalidade, evocam a teoria e a prática clínica de Frankl”.

O que Pacciolla sugeriu é que os elementos de funcionamento da personalidade colhidos da teoria de Viktor Frankl são bem representados em dois princípios intrapessoais: identidade e autodirecionamento e dois interpessoais: empatia e intimidade utilizados pelo DSM V para considerar o funcionamento da personalidade. Faltou uma demonstração específica.

O DSM V para facilitar o diagnóstico criou uma escala para avaliar esses quatro conceitos. Trata-se de instrumento de medida de 0 a 4 onde os valores mais altos indicam maior comprometimento do funcionamento pessoal. Em outras palavras (DSM V, 2014, p. 762):

A escala do nível de funcionamento da personalidade (...) utiliza cada um desses elementos para diferenciar cinco níveis de prejuízo, variando de pouco ou nenhum prejuízo (i.e., saudável funcionamento adaptativo – nível 0) até algum prejuízo (nível 1), prejuízo moderado (nível 2), prejuízo grave (nível 3) e prejuízo extremo (nível 4).

O objetivo desse artigo é mostrar como esses quatro conceitos utilizados no DSM V aparecem na obra de Frankl, confirmando a intuição do comentarista de que esses conceitos resumem a forma como Viktor Frankl avaliava o funcionamento da personalidade.

2 Autodirecionalidade e vontade de sentido

O DSM V apresenta a autodirecionalidade como indicativo do bom funcionamento da personalidade. Com esse conceito o *Manual* refere-se à capacidade humana de, através de escolhas livres, construir, com estabilidade, um caminho existencial próprio, diferente de todos os outros. A pessoa deve, por suas escolhas, alcançar o que parece possível para o florescimento da sua vocação singular, sem que essas buscas prejudiquem outras pessoas. Uma vida saudável é, portanto, uma vida que tem sentido próprio. Frankl dizia exatamente isso e esperava encontrar esse sentido numa (FRANKL, 2010, p. 75): “ação que realizamos, em uma obra que criamos; ou numa vivência, um encontro e um amor.”

O *Manual* conceitua o autodirecionamento como (DSM V, p. 762): “busca de objetivos de curto prazo e de vida coerente e significativa, utilização de padrões internos de comportamento construtivos e pró-sociais e capacidade de refletir produtivamente”. O conceito de Frankl é o mesmo (FRANKL, 2005, p. 36):

O fato antropológico primordial é que o ser humano deva sempre estar endereçado, deva sempre apontar para qualquer coisa ou

qualquer um diverso dele próprio, ou seja, para um sentido a realizar ou para outro ser humano a encontrar, para uma causa à qual consagrar-se ou para uma pessoa a quem amar.

Frankl trata essa autodireção como vontade de sentido, assunto que reestruturou a partir dos estudos de Charlotte Bühler e Abraham Maslow. Para a psicóloga a autodirecionalidade se mostrava nos objetivos de realização de uma intenção e para Maslow surge como (id., p. 53): “um compromisso para com uma tarefa de importância.” Uma síntese dessas formulações foi feita por outro psicólogo, o norte-americano Gordon Allport conhecido por estabelecer as bases da psicologia da personalidade. Segundo Allport, a autodirecionalidade se mostra na intenção da conduta com o que concorda Frankl, para quem (id., p. 55): “a mente humana está direcionada por alguma intenção.”

Autodirecionalidade traduz, então, na perspectiva psiquiátrica, aquela compreensão de vida autenticamente humana proposta pela filosofia da existência como capacidade de mudar o presente e dar direção ao futuro, o que significa que (GARAUDY, 1966, p. 53): “por nossos projetos o mundo adquire um sentido.” Dessa forma, autodirecionalidade não seria simplesmente a possibilidade de escolher de qualquer forma para onde ir, mas escolher intencionalmente e coerentemente, de modo a que a vida tenha um propósito vivido com responsabilidade diante dos outros. Frankl advertiu, expressamente, que (FRANKL, 2011, p. 66): “a liberdade pode corromper-se em mera arbitrariedade, a menos que seja vivida nos termos de uma responsabilidade.” A autodirecionalidade operacionaliza, portanto, uma direção existencial estável no sentido mencionado pelo DSM V. O psiquiatra explicou o que isso representa, o homem (id., p. 47): “é portador de intencionalidade, o que significa viver com propósitos. E seu propósito é dotar a vida de sentido.”

A vontade de sentido, ao lado da liberdade e do sentido, constitui a tríade central da concepção psicológica de Frankl reunida nas lições metaclínicas condensadas na obra *A vontade de sentido*. Nela o psiquiatra apresenta o conceito como (id., p. 50): “o esforço mais básico do homem na direção de encontrar e realizar sentidos e propósitos.” Esse empenho se caracteriza pela necessidade de encontrar um sentido para a vida e agir de forma responsável para seguir em frente. O sentido ajuda o enfrentamento daqueles aspectos da vida humana que não podemos alterar, nem evitar e foram assim resumidos, por outro psiquiatra, como o destino humano (JASPERS, 1987, p. 19): “tenho de morrer, tenho de sofrer, tenho que lutar, estou sujeito ao acaso e incorro inelutavelmente em culpa.” Frankl afirma, como Jaspers, a necessidade de encontrar sentido para essas situações extremas (FRANKL, 1990 b, p. 152): “a morte a que aludo é uma situação-limite, um aspecto daquela tríade trágica da existência – como gostaria de denomina-la – na qual se conjugam a morte, o sofrimento e a culpa”.

Entendendo que vida humana é a realização de uma autodireção, Frankl recusou a teoria da motivação psicanalítica para quem o homem age para obter

um equilíbrio íntimo (Freud) ou para obter poder (Adler), considerando mais importante a escolha de um sentido, que não é nem o prazer e nem o poder, como disseram aqueles psicanalistas, porque buscá-los diretamente não é possível ou não é propriamente um sentido. Por isso, tanto o princípio do prazer como a vontade de poder são derivados da vontade de sentido e são partes da autodireção.⁴

Frankl não deixou de observar que, na raiz dessas teorias psicológicas do sentido, entre as quais se inclui, encontra-se a fenomenologia de Franz Brentano e Edmund Husserl segundo a qual (id., p. 55): “cada fenômeno psíquico se caracteriza pela referência a um conteúdo, pela direcionalidade a um objeto.”

A autodireção, completa o psiquiatra, necessita de motivos espirituais e não virá sem eles. Remédios e drogas não substituem um sentido capaz de dar uma direção estável à existência, pois (id., p. 56): “se causas químicas substituíssem causas espirituais, os efeitos serão meros artefatos. O atalho acabará num beco sem saída.”

A descoberta de um sentido espiritual para viver, diz Frankl, não aparece nos primeiros anos de desenvolvimento da personalidade. O motivo é que no início da vida não se desenvolveu ainda a vontade de sentido. Porém, o sentido pode ser descoberto mais próximo do fim, a capacidade de se auto dirigir é próprio de um sujeito maduro porque (id., p. 57): “a vida é uma *zeitgestalt*, uma Gestalt de tempo, e que, como tal, ela tende a formar um todo inteligível, apenas quando o curso for completado.” Isso significa que a descoberta de sentido é um processo gradual do qual se tem indicadores ao longo da vida e que vai se consolidando no tempo.

Se a vontade de sentido não pode ser criada artificialmente, o sentido pode ser descoberto. E como na clínica se manifesta, na prática, essa ausência de sentido? Frankl diz que na queixa de tédio, resultante do que ele denominou vácuo existencial. A falta de sentido se mostra também na ausência de ideais e o psiquiatra menciona uma pesquisa onde mais 87% de uma amostra com meio milhão de jovens austríacos que (id., p. 64): “expressaram a convicção de que valeria a pena, de fato, manter ideais.”

A melhor confirmação de que o autodirecionamento é um excelente indicador do funcionamento da personalidade, avaliou Frankl, foi feita entre os prisioneiros de guerra no Japão, Coreia e nos campos de prisioneiros nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. Nos campos de concentração, como nos dois outros exemplos (id., p. 65): “uma orientação forte ao sentido constituiu um importante agente de promoção da saúde, de prolongamento e, por que não, de preservação da vida.” Sobre a atuação do psicólogo no campo de concentração,

⁴ A crítica de Frankl à teoria freudiana foi explicada no artigo *Viktor Frankl e o humanismo* (CARVALHO E SILVA, 2019, p. 79): “Frankl recusa as teorias baseadas no princípio da homeostase em que se baseavam, explicitamente a freudiana, isto é, teorias para as quais o homem vive *preocupado com o equilíbrio interno, o que explica a necessidade de redução das tensões.*”

afirmou o psiquiatra, que o que se podia fazer era oferecer uma psicoterapia como estratégia para o enfrentamento das dores da vida, como (FRANKL, 1990, p. 103): “apoio espiritual, de dar um conteúdo à vida. Lembrando as palavras de Nietzsche, que certa vez disse: quem tem um porquê viver, suporta quase tudo.”

É importante destacar que o autodirecionamento a ser descoberto expressa uma vida única, singular e precisa ser identificado nas situações concretas da vida pessoal. Isso significa que a autodeterminação é vivida de maneira singular pelos indivíduos (FRANKL, 2011, p. 72/3): “ninguém pode viver a vida de ninguém, em virtude da unicidade da existência humana.”

Frankl identificará um inconsciente espiritual, parte do grande sistema inconsciente estudado por Freud, essa foi sua descoberta. Esse aspecto do inconsciente não tem a determinação descrita por Freud. Encontra-se nele as bases do autodirecionamento a ser descoberto em meio à situação em que cada pessoa vive. Essa descoberta abre para o homem a dimensão da espiritualidade num outro patamar que o identificado pelos filósofos (FRANKL, 2014, p. 163):

O homem não deve sua existência a si mesmo. O homem é um presente da transcendência. É isto que ele é simplesmente, nem mais nem menos. Eu não escolhi meus pais, eu não determinei o momento de meu nascimento, eu não sei quando morrerei. Eu tenho que viver minha vida e chegar àquilo que este presente me deu. Chegar, eu não digo no futuro – porque a gente não leva toda a temporalidade para o túmulo, mas no momento nós estamos além do tempo, do passado, do futuro – em todo caso eu tenho de assumir e viver de forma que eu possa me apresentar diante dele sem mergulhar na vergonha.

Frankl pensa uma dimensão espiritual do inconsciente. Ele esclareceu que com ele trabalha melhor a noção de vontade, a partir de algo que se encontra enraizado no inconsciente espiritual. Os filósofos diziam que o autodirecionamento tinha elementos pré-intencionais, isto é, trazia elementos anteriores a formação da consciência intencional descrita pela fenomenologia. Frankl concordou com eles, mas explicou que era necessário ir mais longe que supor a pré-intencionalidade da consciência. Ele explicou que era necessário admitir um inconsciente espiritual onde o sentido ou autodirecionamento se vinculava à espiritualidade/religiosidade, embora o sentido fosse visualizado na clínica nos assuntos imediatos do dia a dia como: concluir um curso ou encontrar razões para uma dor qualquer. Observa-se, portanto, que a religiosidade inconsciente é parte do inconsciente espiritual e pressupõe a abertura da consciência para a transcendência. Por sua vez, para descobrir que caminho existencial seguir é preciso responder aos desafios da vida (ROECHE, 2005, p. 312): “Frankl entende que a pessoa não deveria perguntar pelo sentido, mas sim perceber-se questionado pela própria vida.”

Assim apresentada, a teoria do inconsciente de Frankl completa, com vantagem, as noções de pré-intencionalidade latente utilizada por Husserl e de

respeito a fidelidade íntima, sugerida por Ortega y Gasset, para dar conta da raiz e do funcionamento da personalidade. Ele parte daquela antropologia de Hartmann e Scheler segundo a qual a realidade tem várias dimensões superpostas: matéria, vida, consciência e espírito onde o estrato superior se encontra onde há o anterior, embora não seja determinado por ele. Em outras palavras, Frankl identificou naquele núcleo pessoal dos fenomenólogos representado pelo espírito, um inconsciente espiritual responsável pela identidade. Encontra-se, portanto, nesse inconsciente espiritual, os elementos do autodirecionamento responsável e identidade capaz de promover uma vida saudável.

A psicanálise ensinara que o Eu é uma espécie de proprietário que não manda quase nada na própria casa e assim essa vivência de si próprio tinha uma série de elementos inconscientes. Depois da psicanálise, já não falamos de uma subjetividade à moda cartesiana, mas de uma que tem parte desconhecida dela mesma, uma natureza insondável, que a comanda. Logo, pensar a identidade pessoal, depois da teoria psicanalítica, implica em reconhecer uma divisão da vida psíquica, como disse um estudioso de Freud (GARCIA-ROZA, 1996, p. 225): “Só há psicanálise, e, portanto, só há fato psicanalítico, a partir da clivagem da subjetividade em dois grandes sistemas, clivagem que foi produzida pelo próprio discurso psicanalítico.” A razão cartesiana foi dividida em dois sistemas com funcionamento diferente, cada um de um modo. Ambos os sistemas integram a identidade pessoal segundo a psicanalítica. O inconsciente espiritual é de outra natureza, ele divide o estrato espiritual, mas exige que o indivíduo faça escolhas e aceite o que descobre.

3 Identidade e Individualidade

Já iniciamos a apresentação da identidade, ela nasce da consciência que a pessoa tem de sua singularidade, como foi dito anteriormente. Essa variável foi usada pelo DSM V como outro indicador intrapessoal do bom funcionamento da personalidade. O *Manual* a define, como uma experiência singular que o sujeito faz de si mesmo. O conceito é apresentado como (DSM V, 2014, p. 762): “vivência de si como único, com fronteiras claras entre si mesmo e os outros com estabilidade da autoestima e precisão da autoavaliação; capacidade para, e habilidade de regular várias experiências emocionais.”

Essas noções encontram-se nas teorias de Frankl expresso nos conceitos individualidade e subjetividade. Identidade ou individualidade significa que o indivíduo se experimenta como único, o que o faz insubstituível. Cada indivíduo é limitado de algum modo e sua singularidade e boa autoestima contribui para o fortalecimento de toda a humanidade, que se torna forte na singularidade de cada um de seus membros. Um exemplo ajuda a entender o sentido da individualidade humana. Blocos de pedra cortados do mesmo modo para o calçamento de uma rua podem sair de um lugar e serem colocados em outro sem prejuízo para o calçamento. O valor de cada pedra depende de sua utilidade no pavimento. Com o homem não é assim. Cada sujeito é absolutamente único, tem

identidade e se percebe diferente de outros possuindo uma forma única de se avaliar e apreciar.

Identidade traduz a experiência da individualidade humana e está associada a responsabilidade, guardando contato com o autodirecionamento. Uma comunidade que não aceita ou permite que cada indivíduo seja ele mesmo termina por reduzir a sua responsabilidade perante ela própria. Por isso, também a individualidade é elemento do sentido e ratifica o valor das organizações democráticas contra todas as formas de totalitarismos. Se a individualidade é fundamental na construção do sentido, o sentido da vida social somente poderá ser auferido se considerarmos que a sociedade é constituída de partes que também são totalidades, ainda que parciais (FRANKL, 2016, p. 155): “sendo absorvido pela massa, perde o homem o que lhe é mais próprio e peculiar: a responsabilidade”.

A conexão entre identidade e responsabilidade decorre do fato de que a experiência da singularidade pessoal como indicativo do funcionamento sadio da personalidade não se desconecta do propósito de melhorar a vida pessoal com estabilidade emocional. Essa conexão é necessária para uma boa autoavaliação e para o crescimento psicofísico e moral da personalidade.

4 Empatia e Super Sentido

O conceito *empatia* ou *intropatia* é importante na Psicopatologia como tradução do conceito *Einführung*. Significa (PIERON, 1975, p. 238): “uma espécie de comunhão afetiva, pela qual dois seres se identificariam um com o outro”. No caso da clínica, o conceito representa a capacidade do psicoterapeuta compreender o outro e seu modo de reagir ao mundo, para, conhecendo a forma como ele funciona, ajudá-lo a mobilizar as forças de enfrentamento de suas dificuldades.

O *Manual de Psiquiatria da Associação Americana* considera a empatia um elemento para verificação do bom funcionamento da personalidade, reconhecendo-o como variável adequada para aferir a capacidade de estabelecer bom relacionamento intersubjetivo e definindo-o como habilidade geral de (DSM V, 2014, p. 762): “compreensão e apreciação das experiências e motivações das outras pessoas, tolerância em relação a perspectivas divergentes; entendimento dos efeitos do próprio comportamento sobre os outros.”

Frankl trata da empatia como capacidade do psicopatologista entender o mundo do outro, atitude valorizada nas psicologias fenomenológicas. O tema aparece associado à ideia de super sentido que, para Frankl, é Deus. Contudo, esse super sentido pode não se mostrar como religioso e para muitas pessoas isso ocorre mesmo num tempo que tirou a questão religiosa do horizonte imediato das pessoas. Ou, as vezes, a pessoa é religiosa, mas necessita de um sentido mais próximo. Para essas pessoas, o psicoterapeuta deve compreender a alma e apreciar a forma de viver para ajudá-la a descobrir um sentido. Isso é especialmente difícil quando se trata de encontrar um sentido para o sofrimento. Frankl dá como exemplo o episódio de uma enfermeira que, estando no final da

vida e estando com câncer, passou a duvidar do valor da própria vida e razão da proximidade do seu fim. Frankl estabeleceu o seguinte diálogo com ela (FRANKL, 2005, p. 112):

A senhora falou de algumas experiências maravilhosas, mas tudo isso está agora acabando, não é? Paciente: *sim, tudo acaba*. Bem, a senhora pensa que essas coisas maravilhosas de sua vida podem transformar-se em nada? Paciente: *(ainda pensativa) essas coisas maravilhosas?* Mas diga-me, a senhora acredita que alguém possa aniquilar a felicidade que a senhora sentiu? Pode alguém apagar isso? Paciente: *não doutor ninguém pode apagar isso*.

O diálogo se estende por um longo tempo até a paciente, sentindo-se compreendida, descobrir coisas que não havia percebido, reavaliar o significado de sua vida e concluir (*ibidem*): “o que senhor disse, professor Frankl, é um consolo. Isso me conforta. Realmente, nunca tive oportunidade de ouvir nada igual (calma e tranquila deixa o auditório).” Essa compreensão empática do outro é importante na clínica, especialmente nos momentos de sofrimento como no caso relatado, porque é (FRANKL, 2010, p. 76):

Quando somos confrontados como o destino inexorável (digamos, uma doença incurável...), mesmo então podemos descobrir um sentido na vida, à medida que atestamos a capacidade mais humana entre as capacidades humanas: a capacidade de transfigurar o sofrimento numa realização humana.

A presença reprimida da transcendência é a forma como Frankl trabalha, em sua teoria antropológica, a ideia da ausência de Deus na vida de muitas pessoas. Se o sentido da vida é observado nas escolhas concretas e pontuais da existência, essas escolhas apontam para algo além do que é imediatamente procurado, isto é, indicam uma direção que apenas se explicita, quando se admite a transcendência. É o que diz o psiquiatra (FRANKL, 1978, p. 259): “na medida em que não se cogita do Ser em geral, e sim do ser humano, ou do que chama existência, do modo de ser inerente ao homem, e só a ele, vê-se igualmente não ser possível prescindir da ideia de transcendência.”

O reconhecimento de que Deus ou sentido último, recolhe nas escolhas diárias um sentido identificado pelo eu e aponta para a transcendência, na forma como cada homem é capaz de compreendê-lo, corresponde ao que Martin Buber lhe ensinou (BUBER, 2007, p. 133): “a substância humana se funde pelo fogo do espírito que a invade, e então surge dela sua palavra, uma afirmação que tem forma e sentido humano, mas que dá testemunho daquele que a produziu”.

O psiquiatra admite ser singular o modo como se vive a transcendência. Ele apresenta elementos empíricos que o comprovam, identificando uma manifestação inconsciente espontânea da religião que abre o caminho para a

transcendência. Essa se baseia na experiência da liberdade que tem um *de que* e um *para que*. O *de que* se refere aos impulsos, como já reconheceu Immanuel Kant, e o *para que* aponta para a responsabilidade pelas escolhas feitas. Frankl concluiu, dessas lições do kantismo, que somos duplamente livres: para seguir nossos impulsos e para sermos responsáveis pelos caminhos escolhidos. É isso o que significa ser senhor da vontade, mas servo da consciência, pois é preciso agir conforme a lei moral. Deve-se, em outras palavras, obedecer à consciência que, de algum modo, submete o eu. Porém, a questão não para aí, pois a consciência tem algo a que ela se submete. É a isso que Frankl chamou de inconsciente espiritual, algo que está além do eu e que não se identifica com o superego de Freud.

Ele aprofundou esse assunto no livro *A presença ignorada de Deus* (FRANKL, 2017, p. 50): “para explicar a condição humana de ser livre é suficiente basear-nos na sua existencialidade, porém, para explicar a condição humana de ser responsável precisamos recorrer à transcendentalidade”.

Até aí o psiquiatra não fora além de Kant, mas ele vai ultrapassá-lo quando diz que a obediência tem por referência algo além da vontade. Ele acompanha fenomenólogos como Karl Jaspers que reconhecem a influência da transcendência na vida concreta e consciente (id., p. 51): “O fato psicológico da consciência é, portanto, apenas o aspecto imanente de um fenômeno transcendente, apenas aquela parte que penetra na imanência psicológica.” Porém, Frankl foi ainda mais longe que Jaspers, como homem de fé, quando põe nome na transcendência, isto é, quando sugere que a consciência tem Deus na borda, como lhe ensinou Martin Buber. Assim, ele foi além de Jaspers, ao nomear a transcendência como Deus e considerar o irreligioso como quem não reconhece essa transcendência (*ibidem*): “a consciência é a voz da transcendência. O ser humano irreligioso, portanto, é aquele que ignora essa transcendência da consciência.” Enquanto para Jaspers, Deus é um dos possíveis nomes do englobante, para Frankl, o englobante é, essencialmente, Deus.

Na medida em que o grande sentido pode surgir de muitas formas na vida da pessoa, cabe ao psicoterapeuta ajudar a descobrir esse sentido. Há um dificultador, o super sentido (FRANKL, 2015, p. 82): “é algo que se encontra além dos limites de toda temática psicoterapêutica legítima.” Frankl cita muitos casos em que precisava ajudar a pessoa a descobrir um sentido, o que somente é possível conhecendo o mundo dos pacientes. De uma mulher que tentou suicídio quando perdeu um filho de 11 anos e ficou apenas com um outro de vinte, mas com paralisia cerebral, Frankl conseguiu que ela descobrisse um significado para sua vida ao lado desse filho. Frankl fez isso fazendo-a sentir-se no lugar de uma outra mulher que tivera tudo na vida, riqueza, namorados, saúde, mas já velha não encontrava um motivo para o que viveu. Então quando a mãe do jovem doente colocou-se naquela situação hipotética e pensou como aquela outra mulher, lembrou-se do filho: “se não fosse eu, o que lhe teria acontecido ... É provável que tivesse sido levado a uma instituição para deficientes mentais, mas

era eu quem estava ali e pude ajudá-lo a fazer-se homem. Minha vida não foi um fracasso (...) Agora posso morrer em paz.” E então completou o psiquiatra (*ibidem*): “somente entre soluços ela conseguiu proferir essas palavras.” Ao perceber como a mulher pensava e como sentia a vida, Frankl a ajudou a compreender e apreciar seus próprios valores e propósitos.

5 Intimidade e amor

Como indicativo do bom nível funcionamento da personalidade o DSM V considera duas variáveis do relacionamento humano. Uma delas é a capacidade de estabelecer relações íntimas. Essas relações são as que apresentam (DSM V, 2014, p. 762): “profundidade e duração do vínculo com outras pessoas; desejo e capacidade de proximidade, respeito mútuo refletido no comportamento interpessoal.”

Sabemos que Frankl entendeu que estabelecer relações íntimas é uma forma de buscar o sentido, pois sair de si e ir até o outro é uma forma válida de autotranscendência e passo necessário para ter relações intersubjetivas de qualidade. Relações humanas profundas se realizam no âmbito do espírito, porque representa compromisso com alguém por quem, aquele que ama, se sente responsável.

Numa entrevista registrada no livro *Conquista da liberdade*, Frankl explicita seu entendimento de que o amor é uma forma de intimidade. Pode ser entre o homem e Deus, como Buber descreveu em *Eu e Tu*, pode ser uma relação humana qualquer. Ao falar do amor como relação íntima, Frankl espera superar a redução do relacionamento intersubjetivo a sexo, popularizada pela psicanálise de Freud, e elevar as relações humanas aos patamares descritos pela forma Eu – Tu, de Martin Buber. Ele comentou a respeito (FRANKL, 1996, p. 118): “nós, psiquiatras, observamos constantemente que a sexualidade termina miseravelmente, quando deixa de ser expressão de amor e se transforma em meio para prazer. (...) Eis porque a sexualidade sempre deve ser humanizada.”

Frankl apresenta uma descrição fenomenológica desse evento próprio do homem que ele assim resume (*id.*, p. 115): “o amor apresenta-se como fenômeno estranhamente humano. E ele, pois resulta como um dos dois aspectos daquilo que denominamos autotranscendência da existência humana”. Relações humanas profundas ou íntimas se mostram como sentido quando tiram o homem de si e o lançam para fora, ou melhor (*ibidem*): “na direção de alguma coisa que está além dele mesmo. Alguma coisa ou alguém: um significado a ser realizado ou uma pessoa a ser encontrada”.

Frankl avalia a maturidade das relações humanas a partir de um texto de Jo. 12, 24: “Em verdade, em verdade vos asseguro que se o grau de trigo não cair na terra e não morrer, permanecerá ele só; mas se morrer produzirá muito fruto.” As palavras que utiliza são (*ibidem*): “o ser humano é realmente isso somente quando se doa totalmente a uma coisa ou a uma pessoa. Torna-se integralmente ele mesmo só quando se supera e se esquece.” Por isso,

estabelecer relações íntimas duradouras são indicativos de uma personalidade saudável, como reconheceu o DSM V.

No caso da realização do sentido através de relações de intimidade com alguém, isso significa descobrir que esse outro é alguém único, não apenas enxergar nele um companheiro de destino, mas portador de humanidade, base comum de um amor universal. Frankl destacou a consciência do amor a alguém específico, a um Tu que é insubstituível (pai, mãe, irmãos, esposa, filhos, etc.) e para quem o amor vai além das coordenadas do tempo e espaço e toma esse outro na (id., p. 116): “sua unidade e singularidade, como pessoa original e inigualável.”

Dessa forma, o amado é alguém com quem as relações de intimidade não se resumem a sexo, mas ganha densidade em projetos e escolhas. No caso do amor conjugal, de um impulso sexual difuso vemos surgir uma orientação, a procura por uma pessoa específica, alguém a quem se quer de modo especial.

E quando alguém é capaz de olhar o outro de forma profunda, estabelecendo com ele relações de intimidade, ele descobre esse outro como valor único (*ibidem*): “a relação Eu - Tu precisamente no instante em que quem ama compreende o outro como ser único e singular.” E isso se refere a alguém que está ao lado de quem ama, e pode significar o legítimo interesse do psicoterapeuta.

Esse assunto mereceu o seguinte comentário de uma estudiosa de Frankl. Um psicoterapeuta deve estabelecer também relações de intimidade, respeito e solidariedade com seus pacientes (XAUSA, 2019, p. 76):

Esta relação tem a característica de ser, num plano mais profundo, uma participação primordial – uma comunicação Eu-Tu. Esta presença participante significa que o psicoterapeuta se afirma como ser consciente e responsável em sua solidariedade.

O vínculo identificado por Frankl entre relações humanas profundas e sentido o aproxima das teses de Abraham H. Maslow, fundador do que ficou conhecido, nos Estados Unidos, como Psicologia Humanista. Essa afinidade intelectual, foi reconhecida por Frankl, que avaliou que se deve a Maslow (FRANKL, 1996, p. 117): “considerar o desejo de significado a primeira motivação que se situa na base da conduta humana.”

Essa proximidade entre relacionamento íntimo e sentido da vida também foi tema de outro livro de Frankl intitulado *Homo patiens*. Nele a palavra amor amplia-se para além da relação conjugal e toca qualquer outro homem, notadamente o que sofre. Sobre o assunto assim resume uma estudiosa da obra de Frankl (RIOS VÁSQUES, 2014, p. 83): “o amor é a meta mais alta a que pode aspirar o homem. A salvação da pessoa está no amor e através do amor. O verdadeiro amor é o único sentido capaz de dar vida e vida em abundância.” Um amor que une os homens, mesmo no sofrimento. Foi o que percebeu outro comentador de Frankl (FIZZOTTI, 1996, p. 124): “o ser humano pode realizar

esses valores sobretudo no sofrimento”. Na prática médica compadecer-se de quem sofre é essencial e o psiquiatra defende mesmo o dever do médico consolar os que passam por difícil situação, quando nada melhor puder fazer. Desse modo, o dever de consolar tem raiz moral, deve ser praticado também por psicoterapeutas e médicos que trabalham diretamente com o sofrimento humano.

6 Considerações finais

Nesse artigo resumem-se elementos estruturais da psicologia e antropologia de Viktor Frankl. Ainda que, sem mencionar o autor, o DSM V adota como indicador do bom funcionamento da personalidade os quatro aspectos que Frankl considera fundamentais indicativos da saúde mental:

1. O mais importante aspecto utilizado pelo DSM V para verificar o bom funcionamento da personalidade é, para Frankl, o auto direcionamento entendido como busca por objetivos socialmente aceitos. Frankl fez da busca de sentido o aspecto central de uma vida saudável. Muitos problemas de nosso tempo (dicção, depressão, violência), ele constatou, estão associados à falta de sentido (FRANKL, 1990, p. 18): “quem não quiser tomar conhecimento disso, também se fecha à possibilidade de conhecer fenômenos sociais como a criminalidade juvenil, o alcoolismo, o vício em drogas, etc., quando estes assumem um caráter social”. O sentido é fundamental como motivação humana, contrariamente ao que pensaram os psicanalistas, e é importante para um ser que não se guia somente pelos instintos. Numa sociedade de massas, quando se perde a força da tradição cultural, o sentido torna-se ainda mais importante como referência.⁵ Frankl ensinou que ter um sentido protege a pessoa (id., p. 34): “não foi menos importante a lição que eu pude levar para casa de Auschwitz e Dachau: que os mais capazes, inclusive de sobreviver a tais situações-limite, eram os direcionados para o futuro.” E ainda o contrário, não ter um amplo propósito na vida é patogênico (id., p. 20): “a sensação de falta de sentido é, portanto, patogênica, isto é, leva a doenças, a neuroses específicas.” Portanto, o autodirecionamento é, para Frankl, fundamental para o bom funcionamento da personalidade.

2. A consciência da própria singularidade é outro aspecto fundamental do bom funcionamento da personalidade e está na base da condição humana. O homem é em si, o que ele é. Essa compreensão fenomenológica da unicidade da existência foi experimentada por Frankl no campo de concentração quando dele foi tirado quase tudo, restando-lhe apenas os óculos e o suspensório, como

⁵ Isso foi observado do seguinte modo (CARVALHO, GUIMARÃES E MORAES. 2019, p. 73): “A existência de um sentido na vida tornou-se tão essencial que deixou de ser apenas uma questão de fé, parece-lhe realidade palpável. Ele escreveu a respeito: o desejo de sentido não é apenas questão de fé, mas uma realidade.”

observou um comentarista, além da consciência de si mesmo (HERRERA, 2007, p. 137):

Aqui escutamos a voz do prisioneiro n. 119.104 que se vale de sua própria experiência: é único e toma consciência disso. Não há outro ser humano igual. Ele se assombra ante essa maravilha que pode descobrir, mais além da miséria, o despojo e a existência literalmente desnuda em que se encontra.

Essa compreensão foi resumida por ele como se segue (FRANKL, 2017, p. 23): “Sendo, porém, a pessoa aquela da qual se originam os atos espirituais, ela também constitui o centro espiritual em torno do qual se agrupa o psicofísico.”

3. A logoterapia está baseada na empatia, na necessária compreensão do mundo do outro para ajudá-lo a descobrir o sentido da sua vida e orientá-lo. Uma clínica humanista não perde de vista esse reconhecimento de que o outro ser humano tem um valor que precisa ser reconhecido na sua unicidade e responsabilidade. Esse reconhecimento do outro nasce num encontro do tipo Eu – Tu, que Frankl aprendeu com Buber e se tornou fundamental em sua antropologia. Trata-se de uma forma de relacionamento (FRANKL, 2005, p. 69): “que, por sua real natureza, pode ser estabelecido apenas a nível humano e pessoal.”

4. A intimidade é outro aspecto amplamente estudado por Frankl na clínica e encontra-se no centro da sua antropologia, o descobrir o outro e estabelecer com ele relações de profundidade e duração (FRANKL, 2015, p. 15):

Deparamo-nos aqui com um fenômeno humano que considero fundamental do ponto de vista antropológico: a autotranscendência da existência humana! O que pretendo descrever com isso é o fato de que o ser humano sempre aponta para algo além de si mesmo, (...), para algo ou para alguém: para um sentido que se deve cumprir, ou para um outro ser humano, a cujo encontro nos dirigimos com amor.

Dessa forma, pode-se dizer que os elementos fundamentais da teoria de Frankl são reconhecidos como bons indicadores do funcionamento da personalidade.

Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. (DSM V) 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. 948 p.

BUBER, Martin. **Eclipse de Deus**. Campinas: Verus, 2007. 153 p.

CARVALHO, José Mauricio de. **Viktor Frankl e a psiquiatria**. Porto Alegre: MKS, 2019. 338 p.

CARVALHO, José Mauricio de e SILVA, Ana Clara. Viktor Frankl e o humanismo. **Revista de Humanidades e Educação**. Imperatriz (MA), v. 1, n. 1, p. 74-87, jul./dez. 2019.

CARVALHO, J. M.; GUIMARÃES, S.K. e MORAES, A. C. S. Viktor Frankl e a educação: o significado pedagógico do sentido. p. 67-78, In: DAU, S. e SANTOS, S. R. **Educação e suas perspectivas na contemporaneidade**. U.S.A., Kindle, 2019.

FIZZOTTI, Eugênio. **Conquista da liberdade; proposta da logoterapia de Viktor Frankl**. São Paulo: Paulinas, 1996. 127 p.

FRANKL, Viktor. **Fundamentos antropológicos da psicoterapia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. 289 p.

FRANKL, Viktor. **A questão do sentido em psicoterapia**. Campinas: Papyrus, 1990. 157 p.

FRANKL, Viktor. **Psicoterapia para todos**. Petrópolis: Vozes, 1990 b.

FRANKL, Viktor. Entrevista. p. 113-120. In: FIZZOTTI, Eugênio. **Conquista da liberdade; proposta da logoterapia de Viktor Frankl**. São Paulo: Paulinas, 1996.

FRANKL, Viktor. **Um sentido para a vida**. Aparecida: Ideais e Letras, 2005. 169 p.

FRANKL, Viktor. **O que não está escrito nos meus livros**. São Paulo: É Realizações, 2010. 158 p.

FRANKL, Viktor. **A vontade de sentido**. São Paulo: Paulus, 2011. 222 p.

FRANKL, Viktor. **A busca de Deus e questionamentos sobre o sentido**. (Diálogo com Pinchas Lapide). 2. ed., Petrópolis: Vozes, 2014. 170 p.

FRANKL, Viktor. **O Sofrimento de uma vida sem sentido**. São Paulo: É Realizações, 2015. 125 p.

FRANKL, Viktor. **Psicoterapia e sentido da vida**. 6ª ed., São Paulo: Quadrante, 2016. 423 p.

FRANKL, Viktor. **A presença ignorada de Deus**. Petrópolis: Vozes, 2017. 131 p.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Freud e o inconsciente**. 13. ed., Rio de Janeiro: Zahar, 1996. 236 p.

HERRERA, Luis Guillermo Pareja. **Viktor Frankl comunicación y resistencia**. 1ª ed. e 1ª reimpresión. Buenos Aires: San Pablo, 2007. 443 p.

HERTZ, Bela Rebeca. **A herança judaica na vida e obra de Viktor Emil Frankl**. Curitiba, Juruá, 2011, 82 p.

JASPERS, Karl. **Iniciação filosófica**. Lisboa: Guimarães, 1987. 159 p.

MOREIRA, J. O; ABREU, A.K.C. e OLIVEIRA, M. C. **Fundamentos antropológicos da psicologia de Viktor Frankl**. Curitiba: CRV, 2011. 102 p.

PACCIOLLA, Aureliano. **Psicologia contemporânea e Viktor Frankl**. São Paulo: Cidade Nova, 2015. 367 p.

PIÉRON, Henri. **Dicionário de Psicologia**. Porto Alegre: Globo, 1975. 533 p.

RIOS VÁSQUEZ, Teresa del Pilar. El verdadero amor como único sentido. p. 76-83. **Revista Científica de la UCSA**. Asunción: UCSA, v.1, n.1, diciembre de 2014.

ROECHE, Marcelo. Revendo ideias de Viktor Frankl no centenário de seu nascimento. p. 311-314, **Psico**. Universidade Regional Integrada em Frederico Westphalen. v. 36, n. 3, set./dez. 2005.

***INTELLIGENCE ARTIFICIELLE LES ROBOTS ET LEURS DROITS:
DIALOGUES AVEC OBJET/BIEN MATÉRIEL À VIE ALGORITHMIQUE***

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, ROBOTS E SEUS DIREITOS: DIÁLOGOS COM OBJETO/BEM MATERIAL COM VIDA ALGORITMICA.

Profa. Dra. Carla Eugenia Caldas Barros
<https://orcid.org/0000-0002-5818-5824>

ID 9788239647524103

RECEBIDO 30/06/2020

APROVADO 02/07/2020

PUBLICADO 04/07/2020

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

Resumo

A inteligência humana é estudada há mais de 2000 anos atrás. Neste ponto, a filosofia trouxe várias contribuições para o entendimento da inteligência, ao perquirir como se desenvolviam os processos de aprendizado, lembranças, visão, audição e raciocínio no cérebro e comportamentos humanos. O nosso interesse como humanidade não se restringia tão somente a nos compreendermos, mas queríamos ir mais longe, criar nossa própria criatura, criaturas que fossem capazes de nos imitar, de se comportar de forma aparentemente inteligente. Não nos limitamos a querer criar criaturas /máquinas que funcionassem pelo simples processamento numérico (inteligência computacional) para ajudar a humanidade em suas atividades. Os seres humanos não se conformando com as limitações de velocidade de seus cérebros, (a humanidade é uma aprendiz lenta) com o desenvolvimento dos avanços tecnológicos, estão estendendo a sua humanidade a máquinas, criando sua própria criatura com a inteligência artificial MONARD, 2019, p.01.

Palavras-chaves: Inteligência humana. Aprendizado. Cérebro. Robot, Inteligência artificial e vida algorítmica .

Abstract

Human intelligence has been studied for over 2000 years. At this point, philosophy brought several contributions to the understanding of intelligence, by investigating how the processes of learning, memories, vision, hearing and reasoning in the brain and human behaviors developed. Our interest as humanity was not restricted to just understanding ourselves, but we wanted to go further, to create our own creature, creatures that were able to imitate us, to behave in an apparently intelligent way. We are not limited to wanting to create creatures / machines that function by simple numerical processing (computational intelligence) to help humanity in its activities. Human beings are not conforming to the speed limitations of their brains, (humanity is a slow learner) with the development of technological advances, they are extending their humanity to machines, creating their own creature with artificial intelligence MONARD, 2019, p.01.

Keywords: Human intelligence. Learning. Brain. Robot, Artificial intelligence and algorithmic life.

Resumen

La inteligencia humana ha sido estudiada por más de 2000 años. En este punto, la filosofía aportó varias contribuciones a la comprensión de la inteligencia, al investigar cómo se desarrollaron los procesos de aprendizaje, recuerdos, visión, audición y razonamiento en el cerebro y los comportamientos humanos. Nuestro interés como humanidad no se limitó a solo entendernos, sino que queríamos ir más allá, crear nuestra propia criatura, criaturas que pudieran imitarnos, comportarse de una manera aparentemente inteligente. No estamos limitados a querer crear criaturas / máquinas que funcionen mediante un simple procesamiento numérico (inteligencia computacional) para ayudar a la humanidad en sus actividades. Los seres humanos no se ajustan a las limitaciones de velocidad de sus cerebros (la humanidad aprende lentamente) con el desarrollo de los avances tecnológicos, están extendiendo su humanidad a las máquinas, creando su propia criatura con la inteligencia artificial MONARD, 2019, p.01.

Palabras clave: Inteligencia humana. Aprendizaje. Cerebro. Robot, inteligencia artificial y vida algorítmica.

Introdução

A inteligência humana é estudada há mais de 2000 anos atrás. Neste ponto, a filosofia trouxe várias contribuições para o entendimento da inteligência, ao perquirir como se desenvolviam os processos de aprendizado, lembranças, visão, audição e raciocínio no cérebro e comportamentos humanos. O nosso interesse como humanidade não se restringia tão somente a nos compreendermos, mas queríamos ir mais longe, criar nossa própria criatura, criaturas que fossem capazes de nos imitar, de se comportar de forma aparentemente inteligente. Não nos limitamos a querer criar criaturas /máquinas que funcionassem pelo simples processamento numérico (inteligência computacional) para ajudar a humanidade em suas atividades. Os seres humanos não se conformando com as limitações de velocidade de seus cérebros, (a humanidade é uma aprendiz lenta) com o desenvolvimento dos avanços tecnológicos, estão estendendo a sua humanidade a máquinas, criando sua própria criatura com a inteligência artificial MONARD, 2019, p.01.

Para se chegar à construção de uma máquina pensante, é *mister, ab initio*, definir o que seja inteligência, linguagem e aprendizado. E, existem várias formas, do ser humano expressar sua inteligência, seja através da língua escrita e ou língua oral. Como então caminhamos da linguagem escrita e oral para a linguagem computacional? Óbvio que, inicialmente, deverá ter um ser humano ensinando (programando) um único computador a realizar determinada tarefa. Este programa por sua vez poderá ser copiado e ensinar a outros computadores aquela tarefa, sem precisar tomar decisões, esta por sua vez é uma das questões éticas a ser enfrentada pela ética para discutir delimitação de riscos, controle, vigilância e outros. É neste ambiente atual de desenvolvimento da

inteligência artificial¹ que a mesma é utilizada, aplicada na Educação. São criados sistemas educacionais com o fim primordial de aprimorar o ensino e a aprendizagem.

As novas tecnologias e o uso da mesma em escolas vêm mudando o perfil de uso destas novas tecnologias, como rede *wifi*, celular e tablete e armazenamento de conteúdo em nuvens. No entanto, o educador precisa dominar as técnicas da linguagem escrita, e oral para enfim dominar as novas tecnologias e aplicá-las em sala de aula alinhadas com as demandas tecnológicas educacionais do século XXI, de forma não excludente, para formar cidadãos capazes de enfrentar os desafios da pós-modernidade. É visível a forte preponderância da Inteligência artificial na Educação em decorrência do seu caráter interdisciplinar como também em sede do Direito, pois várias indagações passam a existir e as quais precisam de respostas efetivas normatizadas como resposta à vida em sociedade em época de Big Data².

É fato que o “processo mental” da inteligência artificial é imensamente mais rápido que o processo mental humano. Este fato deve manter os seres humanos em estado de alerta, de vigilância na variedade e velocidades que a IA é produzida e auto-reproduzida pelos sistemas computacionais inteligentes (software) com capacidade de decisão e não simplesmente reproduzir programas numéricos e sim reproduzir o processamento simbólico. E a vigilância deve ser redobrada para fiscalizar quais os valores éticos e morais do programador e como ele está manipulando o conhecimento programado na IA que segundo a ciência da computação é a tecnologia chave para o software do futuro. Futuro este que deve ser fiscalizado, controlado pelos seres humanos.

É interessante notar que o aprendizado automático, assim como os processos de aquisição de conhecimento que, na primeira fase da história da IA, eram realizadas explicitamente. Diretamente pelo ser humano, mas nesta outra fase é conseguido através de processos automatizados de extração de conhecimento. (...) Na fase atual, outras funções relevantes, como a percepção são consideradas, especialmente no tratamento dos Agentes inteligentes. Mais uma vez, as novas tecnologias, os novos algoritmos e os novos enfoques, ampliaram o leque de aplicações e têm proporcionado a solução de problemas

¹ O termo IA entrou no mundo da computação e de áreas transversais pelas mãos e criatividade de J. McCarthy em 1956, o qual fora um dos fundadores desta área do conhecimento.

² No mês passado vindouro (abril de 2019) a Comissão Europeia conclamada com os anseios da sociedade da União Europeia, divulgou as Diretrizes Éticas para a Inteligência Artificial Confiável tanto para ressaltar seus benefícios como também enfrentar o debate dos riscos envolvidos pelo surgimento da IA com capacidade de pensar. Os mandamentos da IA na UE são estes: - garantia da supervisão e controle humano (os sistemas não devem limitar a autonomia humana porque senão estaríamos criando uma criatura que poderia ou pode extinguir a vida humana como atualmente conhecemos); - robustez e segurança (os algoritmos têm de ser capaz de lidar com erros); - privacidade e controle de dados (os utilizadores devem manter o controle dos seus dados e poder revogar o acesso); - responsabilização (capacidade de reconhecer erros e corrigi-los); - transparência, diversidade, não-discriminação e justiça, - promoção do bem-estar ambiental e social.

que, sem o surgimento dessas áreas, dificilmente seriam possíveis (MONARD, 2019,p.03).

Estamos caminhando para o *Robot* substituir o homem? Inteligência artificial X inteligência humana. Inteligência artificial precisa mudar ou nós a humanidade temos que aceitá-la??? *Robot*, qual a sua finalidade teleológica? *Robot*, a sua existência é a demonstração cabal de que o ser humano está obsoleto. Máquina, *robot*, seu funcionamento algoritmo é exponencialmente maior em velocidade que a do cérebro humano, Máquina, sua capacidade de através dos logaritmos, com as informações processadas de tomar decisões empresariais com muito mais segurança.

Zygmunt Baumann nos fala da sociedade líquida, modernidade líquida. Uma corrente de incerteza e insegurança guia o sujeito pós-moderno, que não tem mais referencial nenhum para construir sua vida, a não ser ele mesmo. A liquidez da sociedade se dá pela sua incapacidade de tomar forma fixa, diz ainda Zygmunt Bauman. Ela se transforma diariamente, toma as formas que o mercado a obriga tomar, não propicia a elaboração de projetos de vida.

Afinal, como ter um projeto de vida quando os antigos empregos para toda a vida já não existem mais? *Robot*, máquina veio, para substituir os seres humanos. Como fazer um projeto de vida, se cortes acontecem semestralmente e se funcionários fixos são cada vez mais trocados por terceirizados o, por contratos de pessoa jurídica ou por *robots*? A incerteza reina na sociedade líquida e você *robot* representa esta incerteza, pois você, máquina, passará a interagir, a existir dentro das interações sociais líquidas. *Robot*, você vai impactar na nossa vida em sociedade na modernidade líquida pois o seu surgimento representa a obsolescência programada do homem antes estável na modernidade sólida, segundo Bauman.

Diz ainda a teoria da modernidade líquida de Bauman: ‘progresso’, para nós, significa uma constante ameaça de ser chutado para fora de um carro em aceleração”. *Robot*, você consolida que nada é para durar na vida do homem.

Esses tais de algoritmos!!! Os programadores de software, não se contentando em criar programas meramente de informação, agora, de forma antiética, programam, criam algoritmos que vivificam sob mecânica algorítmica. Antiético, sobretudo porque nada ainda está totalmente regulamentado pelas leis nacionais e internacionais. Tanto que

os engenheiros quanto os técnicos deveriam antecipadamente discutir a dimensão ética de suas atividades, inclusive a de criar *robots*.

Recentemente, em abril próximo passado, o Parlamento Europeu estabeleceu uma Resolução com algumas regras, pois até então nada existia, de forma sistemática e efetiva, apenas, movimentos dos atores da criação de IA, ao criarem códigos de ética das profissões. Ah, me desculpe, existia já você *robot* (computador com IA) que é um objeto/bem material de vida algorítmica. Para o filósofo Jacques Ellul, “em última análise, é uma questão de determinar quais são os comportamentos e o que é exigido dos seres humanos para que o sistema funcione adequadamente” (tradução Livre da autora). Com base nesta premissa que o Parlamento Europeu criou o Guia a nortear a questão da robótica.

2 A humanidade e sua própria criatura original

Humano, você já se apercebeu *Robot* criando isto???
 Deseja ser criador de criatura?
 Sua estrutura física precisa de inovação tecnológica, extensão de
 tecnologia?
 E agora, *Robot*, o que você me diz, ouvindo esta poesia?
 Você tem alma *Robot*?
 Você tem sentimento, *Robot*?
 E aí *Robot*, você sente agonia?
Robot, você tem inteligência espiritual?

O ser humano, sempre pensando na sua imortalidade, procura meios de inovar sua estrutura física, para integrar tecnologia ao corpo físico, da matéria. O ser humano possui um cérebro, mente e espírito, hipotálamo/córtex préfrontal do cérebro, córtex temporal responsável pela visão espacial, córtex parietal responsável pela síntese, cerebelo que coordena o cérebro. O cerebelo movimenta o cérebro. O cérebro é extremamente complexo, *Robot*.

Plasticidade neuronal significa dizer que o cérebro consegue ter maior capacidade de aprender, captar todas as informações. esta plasticidade se apresenta melhor desde a infância até a juventude. Controle no córtex com a maturidade. Neurônio é a célula funcional do cérebro. O pensamento ocorre em processo químico e elétrico pelos neurotransmissores pelas sinapses (serotonina, dopamina e outros) elementos químicos que fazem o pensamento migrar de uma célula para outra. O cérebro possui 02

bilhões de neurônios e cada neurônio pode fazer mais de 10 mil sinapses realizado pelo cérebro, fato que nos diferencia em tudo na natureza.

O cérebro, em decorrência, da plasticidade pode desenvolver mais certas áreas. O que a gente aprende vai afetar a nossa, alma, a gente aprende o que a gente se torna. Podemos criar boas imagens como também imagens negativas de nossos aprendizados, os tais dos pensamentos tóxicos. O cérebro adoce, a nossa alma adoce. A fé transforma os nossos pensamentos negativos, transforma o cérebro.

Neurogêneses³ é o processo no qual o cérebro verifica, recebe gratuitamente do nosso corpo e de Deus, quando a gente dorme, recebe neurônios novos, a palavra de Deus, a Bíblia transforma minha mente, pela palavra viva de Deus. Nada é definitivo para o ser humano, por causa da plasticidade do nosso cérebro e por causa da palavra viva de Deus. A nossa alma (mente) pode ser renovada pela fé, pela vontade de nosso Deus.

Hoje a ciência diz que se pode reprogramar a nossa mente, pela neuroplasticidade e pela fé, levando à saúde mental do ser humano. (BIZARRO, 2019, p. 01) Como diria São Thiago, "Despojando-se de toda impureza e maldade" (São Thiago versículos 01 a 21 da Bíblia). Hoje a ciência também nos diz que se pode dar imortalidade através dos algoritmos, ao gêmeo virtual. O homem se tornando criador de sua própria criatura, um Deus Artificial.

2.1 Personalidade Robótica

Robot, você quer direitos?
Você quer se tornar um sujeito de direitos e obrigações?
Robot, você tem direitos?
Robot, você tem a Declaração Universal dos Direitos dos Robots?
Você quer uma Declaração igual a nossa?
Você quer possuir a sua própria personalidade, a personalidade robótica?

Os fatos mostram que a humanidade constrói sua criatura e, ao mesmo tempo, o direito terá que prever outro tipo de personalidade além do natural e do jurídico. O tema personalidade desde os primórdios foi objeto concreto de indagação do ser humano.

³ Neurociência visa entender o funcionamento do cérebro humano.

Na antiga Grécia e Roma o emprego do termo personalidade dizia respeito às máscaras usadas pelos atores nos papéis que desempenhavam nas apresentações ao público de forma a prevalecer a figura do personagem interpretado ao invés do próprio ator. Sem se distanciar da origem do termo pelo decurso da história e evolução, o significado da palavra personalidade retrata o papel que o ser humano desempenha na sociedade onde vive e se apresenta em conjunto com outros indivíduos, outras personalidades, devendo cada um deles seguir seu papel, respeitar o momento de entrar em cena e de falar, adequando à vida social, seguir normas de conduta. A atuação dos personagens naquele cenário teatral serviu de modelo ao longo do tempo e ganhou importância ao ser equiparado e transportado para a vida das pessoas que integram a sociedade, merecendo tratamento específico pelo Direito a ter posição privilegiada em relação aos demais direitos.

O ordenamento jurídico brasileiro recepcionou em sede de leis infraconstitucionais os direitos de personalidade. No Código Civil de 2002, ao regular os direitos da personalidade nos artigos 11 a 21, de forma inédita no Brasil, dedicando todo um capítulo dentro da parte geral do referido código e tendo como norte a Constituição Federal de 1988 e o direito fundamental da dignidade humana. O Código Civil de 2002 restringiu as características da personalidade em intransmissibilidade e irrenunciabilidade (indisponibilidade, pois, não são passíveis de transmissão e nem de renúncia). A doutrina, ao interpretar os artigos supracitados, acrescenta mais características a este rol como absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis, inatos, vitalícios e extrapatrimoniais. Conclui-se que a proteção individual vai da linha do nascimento até o infinito pois, os princípios da alteridade e dignidade e moral são basilares e devem sempre estar em primeiro plano no ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, porém, ainda não é contemplada a personalidade robótica, proposta em presente artigo. Como a temática (rol dos direitos de personalidade) é bastante controverso, tanto na doutrina como nas jurisprudências dos nossos tribunais, torna-se imperioso incluir no rol aberto dos direitos de personalidade, a personalidade robótica. A doutrina fala em extensão do rol dos direitos de personalidade, fato que bem se enquadraria a proposta de se criar a personalidade robótica na lei. Por exemplo, o art. 52 do Código Civil dispõe o seguinte: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos de personalidade.”

A doutrina nos fala que nem todos os direitos inerentes à pessoa natural, tais como, direito à vida, o direito à integridade física corporal e espiritual, o direito à saúde, direito sobre o cadáver, direito sobre as partes separadas do corpo, cabem à pessoa jurídica que somente apenas alguns direitos especiais poderão lhe ser atribuídos. Nesse caso, para aplicar-lhe a extensão dos direitos de personalidade, como, direito à identidade, direito ao nome, marca, invento (tipos de propriedade intelectual) direito ao crédito, ao sigilo e outros.

Vê-se que o que distingue basicamente da pessoa natural da jurídica é a questão patrimonial na atividade econômica, enquanto a primeira, pessoa natural também possui estes direitos. No entanto, a dignidade humana e todo seu arcabouço jurídico, filosófico, moral, diz somente respeito à pessoa humana, o que a coloca em posição hierarquicamente acima da pessoa jurídica, os valores da pessoa natural são totalmente contrários aos objetivos da pessoa jurídica. Enfim, trata-se de dignidade (corpo e bens espirituais) versus preço, conforme nos ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2017). Personalidade é inerente a toda pessoa, é preexistente.

Afinal, a sua natureza jurídica robótica é a de um objeto, bem material de vida algorítmica e inteligência e não de algum tipo de pessoa, ou autor propriamente dito. Temos então, caso lhe seja atribuída personalidade, o que afinal lhe distinguiria das outras personalidades, o que mais ao distinguiria além do preço e dignidade? Seria a **Artificialidade plagiada/contrafeita**.

Isac Azimov escreveu a obra dentre outras, O homem bicentenário. Este filme nos apresenta a história de ficção científica de um robô chamado Andrew, que atingiu a idade de 200 anos. Fora contratado por uma família para ajudar nos serviços domésticos, no entanto em contato com os humanos passou a desejar a Liberdade e nesta busca, passa por várias mudanças, pela via da tecnologia, ao tempo que, as características humanas se apresentam na máquina, no robot. Com o passar do tempo essas características se tornam mais presente na vida do robô e o mesmo vira um ser humano depois de 200 anos e como os seres humanos, quis morrer.

Vivemos era de revolução tecnológica provocada pelas biotecnologia e pelas tecnologias informáticas, que possibilita o aumento e modificação da maioria das capacidades cognitivas do Homem, ou seja a extensão cibernético do ser humano, um

humano híbrido. Os programadores passam também, além de suas capacidades cognitivas informáticas, em artistas e assim praticam “artes” no corpo cibernético e também na máquina de personalidade robótica, com vida algorítmica, “artes” que manipulam a Criação de Deus. São transformações do corpo humano e como também o robótico e, com elas, os equipamentos sensório-perceptivos, a mente, a consciência e a sensibilidade do ser humano vêm se transformando com as manipulações algorítmicas, existem três tendências principais: as refrações do corpo, a memória do corpo e a criação da máquina com percepções humanas. No primeiro caso está em causa algo que vai mais além do que a mera deformação ou distorção da aparência física do corpo. Trata-se de uma transformação que trará efeitos igualmente em plano transcendental. A segunda, se refere se o robot, a máquina é humano, se pode ser considerado humano. Com isso, o corpo sob interrogação, devido à sua relação dinâmica com as tecnologias, vai culminar na denominação de “Pós-Humano”, expressão que significa as mudanças físicas e psíquicas, mentais, perceptivas, cognitivas e sensoriais que estão em causa. O filme nos faz refletir sobre a nossa importância, a importância do livre arbítrio, pois somos livres para tomarmos as nossas próprias escolhas e expressarmos as nossas opiniões,

Por mais que a sociedade esteja vivendo em um mundo globalizado e avançado, cheios de novas tecnologias e novas máquinas, não podemos deixar esses conceitos invadir e tomar o nosso espaço, devemos sempre nos lembrar de que também somos importantes e capacitados e somos filhos de DEUS.

Parafraseando Canotilho, que nos afirma que o que nos distingue são o corpo e o bem espiritual, logo, você poderia se distinguir, sendo um corpo não de carne e sim de corpo de material e o bem de vida algorítmica. Em face disto, poder-se-ia afirmar, que a artificialidade tecnológica contrafeita/plagiada seria o que a faria distinguir das outras personalidades. Onde o verdadeiro não se apresenta, não existe, o falso, o artificial, o contrafeito, o plágio se apresentam. Ao invés de órgãos, membros, imagem, ter-se-ia patentes, software e tudo que se pode abranger em sede de propriedade intelectual.

Robot, você sabe o que é propriedade intelectual e que nós (humanos) protegemos legalmente o que criamos? Você, inicialmente, era apenas um programa de software, de algoritmo comum (este algoritmo comum apenas trabalha com as informações que lhe foram passadas pelo programador, quando da sua criação). Programação aplicativa cujo código fonte é protegido pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), fiel depositário de altíssima geração, criado por uma

mente humana brilhante. Agora, neste momento, a sua inteligência artificial foi elevada a outro patamar, pois o algoritmo passou a ser especial não mais comum, *Robot* passou a acumular experiências. Você, *Robot*, passou a ser denominado *Machine Learning*. *Robot* passou a aprender com suas próprias experiências, passou a interpretar tudo que está ao seu redor. E, para tanto, a máquina passou a guardar, a armazenar estes dados, ao que chamamos *Deep Learning*.

A “máquina” *Robot* (computador com IA) passou a produzir conhecimento sem a ajuda humana, ou seja, sozinha. Pelo visto, nós humanos teremos companhia de você *Robot*, não seremos mais os únicos a ter capacidade de raciocinar logicamente (inteligência natural) para tomar decisões e criar. A Humanidade criou a sua criatura. E o detalhe, *Robot*, é que seu programa é exponencialmente mais rápido que o cérebro humano, o que se conclui que *Robot* realizará pesquisas, criará algo novo, que o cérebro humano não conseguiria.

A lei brasileira de programas de computador não contempla vários fatos gerados por você, *Robot*. E é sabido que a tecnologia se torna obsoleta num piscar de olhos. Por isto que a Coreia do Sul, adotou uma solução jurídica para esta velocidade, ao assimilar a cláusula de revisão periódica da lei, um sistema aberto segundo a teoria tópica de Viehweg⁴. Este processo tem que passar pela ética e pela moral. todo o processo tem que ter o controle e supervisão humana.

Para Viehweg, problema é toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que se levar a sério e para qual há que se buscar uma resposta para a solução. O conjunto de deduções pode ser chamado sistema, no qual infere uma resposta. A ênfase nestes opera uma seleção de problemas. Já se for o acento no problema, estes buscam um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. O problema procede de um nexos compreensivo já preexistente, que de início não se sabe se é um conjunto de deduções ou algo distinto. Não é possível perder de vista as implicações que existem entre o problema e o sistema. Dir-se-á que o mérito da tópica jurídica residiria na apresentação da possibilidade de ir-se buscar a discussão histórica dos problemas na atuação prático-social responsável dos juristas. As tais verdades jurídicas que são tantas vezes procuradas num plano que supera o histórico, nos limites da construção do direito. A Tópica pode ser compreendida como a arte de argumentação mediante o uso de opiniões

⁴ A tópica de Viehweg toma como base a escolástica aristotélica, na qual o discurso legal geral é sobrepujado, na argumentação, pela análise do problema aplicável no âmbito local.

correntes na sociedade, com o fim de encontrar uma solução para um determinado problema (ROMANO, 2017)

Seria o controle da humanidade versus a autonomia dos sistemas inteligentes, isto a corresponder por consequência, a responsabilidade (*Accountability*) compartilhada por todos os atores que perpassam na utilização de sistemas artificiais inteligentes. Afinal, a grande questão, consiste em tornar viável aos sistemas inteligentes, a aprendizagem de valores (atributos) humanos. E, como também conciliar os interesses da sociedade, minimizando todos os riscos decorrentes da utilização de IA.

2.2 Natureza Jurídica do Robot⁵

O que afinal lhe distinguiria das outras personalidades, o que mais ao distinguiria além do preço e dignidade? 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 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 capaz de estima e respeito.

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

⁵ Esclarece a autora que o texto das páginas 08 a 10 faz parte de artigo publicado conjuntamente com Constança Cesar, conforme link: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3464>.

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 afirmativa 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 (RICOEUR, 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, 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. A via escolhida por nosso filósofo começa pela meditação sobre a noção de identidade, de *ipseidade*.

Opondo o si ao eu, Ricoeur 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 dialética do si e do outro distinto de si. Ricoeur caminha na sua busca, ao questionar o “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 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.”⁶ “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 (RICOEUR, 2008, p. 21).

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”⁶.

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 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,

⁶ 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 *Ibem idem*. 5 capacidade. 6 RICOEUR, Paul. O justo 1 A justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 21. 7 *Idem*. P. 25. 58 volume.

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 se tornou 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 é 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 Ricoeur, 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 Ricoeur: “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 publicados e, no mesmo volume, 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 está para as relações interpessoais.

A noção de ser humano 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, 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 (BARROS,2015).

Ricoeur não tem a pretensão de construir e propor uma nova teoria ética. Por isso, denomina o seu estudo como sendo uma proposta para uma perspectiva ética, estruturada numa rede conceitual, composta por três elementos constitutivos estreitamente imbricados e interdependentes. Chamamos de ,perspectiva ética ‘a perspectiva duma vida boa’ com e para o outro em “instituições justas »’ (RICOEUR, 1991, p. 202.) Esses três termos não se sobrepõem, mas tornam possíveis e realizáveis o ideal ou a aspiração a uma vida feliz. Assim é que, por estrutura ternária do *ethos* da pessoa, Ricoeur visa justamente distinguir a ética da moral, mostrando o primado da primeira sobre a segunda. Esses três elementos intimamente inter-relacionados constituem, pois, aquilo que Ricoeur chama de *ethos* da pessoa. E aqui convém ressaltar o caráter de originalidade, porquanto, além de associar as contribuições das duas grandes correntes da filosofia ocidental, aristotélica e kantiana, Ricoeur acrescenta o componente institucional que serve de mediação entre o eu e o outro. Dessa forma, Ricoeur propõe-se desenvolver os seguintes pontos: 1) a primazia da ética sobre a moral; 2) a necessidade para a intenção ética de passar pelo crivo da norma; 3) a legitimidade de um recurso à intenção ética, quando a norma pode conduzir a conflitos para os quais não há outra saída senão a sabedoria prática que remete ao que, na intenção ética, é mais atento | singularidade das situações (LOREZON, 1995, p. 161-162).

Dessa forma, a proposta de Ricoeur não é a de opor a teleologia aristotélica à deontologia kantiana, mas sim de integrá-las. A dimensão normativa se enxerta, pois, na dimensão originariamente ética da aspiração à vida boa. Assim, da ética se passa à moral, e da moral, quando surgem conflitos provocados pela aplicação das normas ou do contraste entre princípios e entre normas diferentes, se retorna à ética, interiorizando o que Aristóteles chama de sabedoria prática (*phronesis*).

Ricoeur ainda discorrendo acerca do sujeito de direito, do eu (LOREZON, 1995, p.231), do si, da personalidade, também nos remete à questão da identidade pessoal. Ele identifica duas características inerentes à identidade pessoal: a capacidade de prometer e a traição, ou seja, o poder de trair e a incapacidade de manter. Resume-se em questão ética.

Para Ricoeur toda promessa pressupõe uma promessa mais fundamental: a promessa de cumprir a palavra dada em todas as circunstâncias. Existe, pois, uma “promessa antes da promessa” que imprime a toda promessa à força de um empenho. Uma promessa é caracterizada pela própria confiança. Essa é confiável em base a quem promete, em base à confiança do enunciador. Este inspira confiança, é confiável, se foi e continua a ser fiel à “promessa antes de toda promessa. A promessa constitui um traço indelével da ipseidade. A ipseidade é aquela identidade que emerge de um certo poder-de, ser capaz-de... manter si mesma não obstante aquilo que pode acontecer na vida (LOREZON, 1995, p. 161-162).

E, no que tange à traição, diz ainda Brugiattelli com suporte filosófico no pensamento ricoeuriano que “a incapacidade de manter uma promessa poderia, com efeito, depender do fato que o indivíduo não realizou essa capacidade, poderia denotar um certo desequilíbrio da pessoa ou, de todo modo, um escasso domínio de si” (1995, p.236), No contexto social uma pessoa incapaz de manter uma promessa é reconhecida como não confiável e, em certos casos, esta “etiqueta” poderia também conduzir o indivíduo à desqualificação social, a uma escassa consideração social.

Mas a incapacidade de manter e, pois, a facilidade de trair, nem sempre é um poder do homem. Poderia também depender da dimensão, como diria Ricoeur, do “involuntário absoluto”, ou seja, de tudo aquilo que o homem como indivíduo encontra a partir do nascimento ou que lhe deriva da primeira infância (RICOEUR: 1950, 1965). O caráter, a índole, o ser dominado por certas pulsões, por conflitos inconscientes, são aspectos do involuntário em relação aos quais o indivíduo pouco ou nada pode e, ainda que quisesse, poderia fazer.”

Torço que esta mente tenha sido um humano decente, ético para ele não ter lhe programado com valores distorcidos. Torço que você *Robot* saiba manter a sua promessa de aceitar a Humanidade (humano) como seu “não” e que respeite as regras da Humanidade. “A promessa traz consigo a responsabilidade ética e jurídica no que tange a nós mesmos e ao outro. Sermos responsáveis significa sermos capazes de *prestar conta* das próprias ações diante de um outro e significa sermos capazes de pôr as próprias ações na própria conta. Estes dois significados estão ligados com a dimensão da própria promessa” (LOREZON, 1995, p. 240).

E se você criar, *Robot??* você vai querer proteção autoral por seus inventos, *robot?* Se você *Robot*, criar patente, desenho industrial, compuser músicas, arte enfim? Os produtos oriundos de sua inteligência artificial *Robot*, podem fazer jus a alguma tutela jurídica específica? A titularidade seria sua ou a do seu programador, criador? isto inclui também os *royalties*.

Robot, o que você quer afinal? Aquele que lhe criou através de algoritmos, será que ele foi ético ao lhe criar?? Ele tinha amado, “amou” muito? ele era um bom cidadão?? *Robot*, ele tinha noções de direitos humanos? *Robot*, seu criador, seu programador de software, amava ouvir os pássaros cantando na natureza? Ou *Robot*, será que ele é corrupto? *Robot* quais são os valores do seu criador? *Robot*, e agora, o que fazemos, você já está aí com sua Inteligência artificial? O homem quis ser Deus... e agora?

3 Aspectos jurídicos de programas de computador e Inteligência artificial

Inteligência Artificial (IA) e a propriedade intelectual: criador de *Robot* (*Robot* criatura) e *Robot* criador, eis aí o grande e instigante desafio para os legisladores, pois o sistema IA não só tem a capacidade de armazenamento e manutenção de dados, como também, as funções de adquirir, representar e manipular conhecimento e com isto resolver problemas complexos (engenharia do conhecimento). O ser humano não está se apercebendo que de criatura está se tornando criador? E a sua criatura deverá pleitear ter uma personalidade dentro do universo jurídico além das já existentes, a natural e jurídica. Podemos então falar de personalidade robótica.

Na propriedade intelectual, o que se vai proteger, ou seja, o que se vai inserir na proteção no ordenamento jurídico, é a criatividade humana até atingir o seu ponto máximo da exploração econômica, que é a sua aplicação industrial, que é um dos requisitos para análise de pedido e posterior concessão de patente.

Na nossa Carta Magna de 1988, a propriedade intelectual é tratada no art. 5 e nos incisos abaixo descritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

O Artigo 5 e seus incisos são e serão balizas para as futuras leis que tratam do assunto e que transversalmente irão afetar de forma direta e indireta todas as criações surgidas e criadas pelo *Robot*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade pode ser utilizada, no que for lícito, e tem função social, podendo para tanto o seu proprietário utilizar-se de todos os meios legais para protegê-la de terceiros e, em contrapartida, também não os prejudicar. A propriedade no ordenamento brasileiro abarca tanto os bens móveis e imóveis. Este mesmo raciocínio e disposição legal são contemplados pelos ordenamentos em propriedade intelectual no Brasil. São protegidas as obras, invenções e outros produtos, frutos da criação e do espírito, quer tangível e intangível (bens imateriais) criadas por pessoas físicas e jurídicas, sujeitos capazes de contrair obrigações e deveres e ter direitos. Fato que por si só, não contempla a criatura criada pelo Homem, o *Robot*, fruto da inteligência natural do homem.

Robot, como uma nova modalidade de sujeito, que adquire personalidade diversa das existentes, personalidade robótica⁷, porém, *ab initio*, com os mesmos efeitos em termos de natureza patrimonial dos bens criados porque a IA pode vir a ser autônoma, ou já é autônoma na criação de suas obras e inventos, ao utilizar os sistemas de algoritmos. Logo, pode-se afirmar que a natureza jurídica do *Robot* seria a de um objeto material de vida algorítmica e que também poderia ser sua obra derivada do espírito algorítmico.⁸

Enquanto a comunidade internacional especialista das áreas se encaminha nos primeiros passos jurídicos em elaborar leis, regulamentos, declaração em relação aos direitos e deveres do *Robot*, deve-se analisar as leis que tratam da proteção de bens

⁷ Na comunidade europeia, este assunto já vem sendo tratado, pelo Parlamento Europeu.

⁸ A nossa lei quer de direito autoral fala que o sistema de computador cria obra de espírito, como no direito francês que contempla a possibilidade do computador, seus programas de computador serem consideradas como obras do espírito conforme preceitua o L. 112-2 inciso 13 do Código de Propriedade Intelectual. Eu digo que não seriam obras do espírito e sim obras de vida algorítmica, criações de vida algorítmica. “Article L112-2, inciso 13. Modifié par Loi n°94-361 du 10 mai 1994 - art. 1 JORF 11 mai 1994. Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code: 13° Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ;”

imateriais vigentes pelas regras da propriedade Intelectual (propriedade de criação literária e propriedade industrial).

3.1 Direito Autoral, programas de computador, LGPD e MP da liberdade econômica.

A lei brasileira que trata de programas de computador. Há uma separação legal entre hardware e software. Como dia Manoel Joaquim Pereira dos Santos. “Embora á primeira vista os dois conceitos pareçam claramente distintos, existe uma zona fronteira que ao longo dos tempos desafiou os estudiosos do tema. Com efeito, vimos anteriormente que, do ponto de vista técnico, o termo hardware compreende os elementos físicos do sistema de computação, enquanto que o software, os elementos lógicos, dos quais o programa de computador é a parte central.” (SANTOS, 2008, p.135.) é a 9.609/1998, tendo esta 16 (dezesseis) artigos. Nos seus art. 2, artigo 4 e parágrafos e por fim o art. 5 tratam da proteção do programa de computador e a propriedade deste respectivo programa e em nenhum momento, a lei fala de obras criadas pelo *Robot*, pelos sistemas de inteligência. Em nenhum momento na lei brasileira de programa de computador trata de obras derivadas de sistema de inteligência artificial, porém com a lei de direito *autoral*, este impasse jurídico foi resolvido, conforme veremos adiante ao analisar a lei 9610/1998. Há uma separação legal entre hardware e software, na legislação brasileira. Como dia Manoel Joaquim Pereira dos Santos:

Embora à primeira vista os dois conceitos pareçam claramente distintos, existe uma zona fronteira que ao longo dos tempos desafiou os estudiosos do tema. Com efeito, vimos anteriormente que, do ponto de vista técnico, o termo hardware compreende os elementos físicos do sistema de computação, enquanto o software, os elementos lógicos, dos quais o programa de computador é a parte central (SANTOS, 2008, p. 135).

Esta mesma postura jurídica fora contemplada pela mais nossa recente lei que trata de proteção de dados, por não contemplar quaisquer outras obras elaboradas por esta

criatura robótica, conforme o art. 1 da lei 13709/2019 e pela Medida Provisória (MP)⁹ 881/2019.

Já a MP não contempla em nenhum momento em sistema de inteligência artificial. No entanto, a lei 13709/2019 por forma direta, mas não explícita com maiores detalhes, contempla outro meio de tratamento de dados. Já prevê que os dados sejam tratados por outro meio, como os sistemas. No entanto, porém mais adiante, no seu artigo 17, só contempla que somente a pessoa natural é a titular dos seus dados pessoais. Pergunta-se? E o *Robot* com sua personalidade robótica? Pode vir a ser titular de seus dados? E quanto ao movimento de *Open Souce*, de quem será a titularidade, afinal a obra surgida poderá ter sido elaborada por várias pessoas, por vários sistemas de inteligência artificial? O criador originário do programa convida outros indefinidamente a participarem de sua obra, fato que faz surgir uma obra livre.¹⁰

Este fato precisa ser enfrentado pelos juristas e definido, posto em leis e gerar os efeitos legais. No entanto, as partes envolvidas em criações derivadas de sistemas de inteligência têm outra via de partilhar, difundir, vender sua obra com plena liberdade, que é a capacidade empresarial de contratar.¹¹ Recentemente foi posta em vigência a MP 881 de 30 de abril de 2019, sobre a Liberdade econômica que tratou substancialmente da área de contratos, porém cometendo o mesmo equívoco de não incluir o *Robot*, nos titulares de direito. Ao ser contratado o programa /sistema originário pode-se optar pela distribuição e acesso livre, ou seja, uma obra aberta a todos indiscriminadamente. O que a lei pode impedir, a obra aberta pode resolver, através de licenças livres, com cláusulas estipuladas no contrato. Deve-se conciliar também os interesses econômicos e também os interesses de obras realizada pelo *Robot* e depois aperfeiçoadas por outros *Robots*.

⁹ Está consubstanciada no art. 62 da Constituição federal de 1988. A Medida Provisória (MP) é um instrumento com força de lei, adotado pelo presidente da República, em casos de relevância e urgência. Produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei. Seu prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Se não for aprovada no prazo de 45 dias, contados da sua publicação, a MP tranca a pauta de votações da Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado) até que seja votada. Neste caso, a Câmara só pode votar alguns tipos de proposição em sessão extraordinária. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020)

¹⁰ No Brasil tem-se o exemplo do LINUX.

¹¹ Recentemente foi posta em vigência a MP 881 de 30 de abril de 2019, sobre a Liberdade econômica que tratou substancialmente da área de contratos, porém cometendo o mesmo equívoco de não incluir o *Robot*, nos titulares de direito. Ao ser contratado o programa /sistema originário pode-se optar pela distribuição e acesso livre, ou seja, uma obra aberta a todos indiscriminadamente. O que a lei pode impedir, a obra aberta pode resolver, através de licenças livres, com cláusulas estipuladas no contrato. Deve-se conciliar também os interesses econômicos e também os interesses de obras realizada pelo *Robot* e depois aperfeiçoadas por outros *Robots*.

O movimento *Open Source* se desenvolveu e acabou que um grupo resolveu criar um site, um movimento *Open Robot Hardware* que disponibiliza ao público tanta a parte física (*hardware*) como a parte programática (*software*).

Já a nossa lei de direito autoral – lei 9610/1998 inclui no rol das criações de espírito, as obras derivadas de programas de computador apesar de que no seu Parágrafo 1 diz que o programa de computador em sua legislação específica e ser-lhe-iam aplicadas disposições que lhe sejam compatíveis. E, na parte de revogação de leis, a lei autoral contempla de forma genérica a revogação a lei de programa de computador, para considerar “criações de espírito”, obras decorrentes de um *Robot*. Pessoalmente não considero “criações de espírito” e sim criações originárias de um objeto material (robot) de vida algorítmica com personalidade robótica.

A pergunta que inquieta e que se faz, é que se o regime de direito autoral se aplica a uma obra oriunda de um *robot* e aperfeiçoada por vários sistemas também? A jurisprudência francesa tem entendido como o criador originário foi um ser humano, será aplicada por extensão o regime do direito autoral.

E, se, a criação for criada somente por um *Robot*? Ao se considerar o *Robot* como desprovido de qualquer personalidade, atribuirá a titularidade ao humano originário do programa, no entanto ao contemplar-se a personalidade robótica, a lei disciplinará com todos os rigores e requisitos legais, mudando inclusive o Código Civil ao criar outra personalidade, a de personalidade robótica além da natural que é que a pessoa física detém e a jurídica conferida a vários entes como sociedades, associações e fundações e outros. Então porque não se conferir personalidade robótica ao *Robot* inteligente?

Na França os animais são considerados “seres sensíveis”, logo, teremos brevemente em vários ordenamentos jurídicos, a personalidade robótica a qual deverá se incorporar ao Direito Civil.

Recentemente, o Google entrou com pedido de patente, nos Estados Unidos, referente a dar personalidade com características humanas aos futuros *Robots*.

Acompanhando o raciocínio já declinado, pode-se aplicar a lei 9679/1998 no que concerne à concessão de patente de invenção proveniente de um *Robot* cuja patente mãe, patente dominante tivesse sido criada por um ser humano. E, se o *Robot* /sistema de

inteligência artificial descobre um segundo uso para uma patente, e agora? Com o avanço célere da tecnologia, urge uma definição legal para a natureza jurídica do *Robot*. Deve-se conceder-lhe a personificação robótica?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comunidade internacional caminha à passos largos para a elaboração de leis no tocante à propriedade intelectual e a vários outros ramos do direito, no tocante aos *Robots*. *Urge de lege ferenda*. É necessário que o mundo se antecipe aos procedimentos éticos e antiéticos dos inventores dos *Robots* e crie leis que regulem todos os aspectos envolvendo direitos do *Robot* para não se ficar sem resposta efetiva jurídica.

Agora cabe ao legislador tomar uma posição. "Ou legislar para atender a uma especificidade e criar regras específicas para a proteção de criações produzidas por tecnologias robóticas, posição prevista pela Comissão de Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu; ou aceite a ideia de perda de valor dessas criações, correndo o risco de vê-las cair instantaneamente no domínio público (BONET, 2019, s/p).

Tudo bem *Robot*, já que teremos que conviver nesta folia, no entanto, você não será mais que eu, eu (humano) serei sempre seu "não". Não pode, não deve, tem que me (humano) proteger... Você terá que se desligar se eu (humano) estiver em confronto, em conflito com você. Terá que promover e terá também que não trair sob pena de responsabilidade e de extinção.

Isaac Asimov em sua série de 1950, *Robôs*, sugere que todos os *Robot*, sejam programados seguindo a seguinte hierarquia de regras, que as chamou de "As três leis da robótica":

1 - Um *Robot* não pode ferir um ser humano e, nem, por inação, permitir que um ser humano seja ferido; 2 - Um robô deve obedecer as ordens dadas por humanos, exceto quando tais ordens conflitem com a primeira lei; 3 - Um *Robot*, deve proteger sua própria existência, desde que isso não conflite com a primeira e a segunda lei (SILVA, 2019).

Como também, a máquina e seus sistemas de inteligência artificial poderão representar o fim da Humanidade, ser o fim da História ou Pós-História. *Lege ferenda*, criar leis ou acrescentar artigos já nas existentes, sob estas bases acima por isto, uma norma jurídica torna-se necessária face à toda transformação e principalmente com a presença

de *Robots* no cotidiano humano, tornando-se íntimo e intruso na nossa privacidade e imaginação tecnológica.

Afinal, sem nenhum sistema de referência, fato que torna preocupante, a relação homem e máquina, enfim a relação bio-tecnológica. Precisa-se de normas preventivas.

A evolução tecnológica está para a rapidez da ciência em progressão geométrica, porém, os fatos sociais e, por conseguinte, as leis, e demais tipos de atos normativos não evoluem de forma rápida, célere e eficiente. Por vários motivos alheios aos fatos sociais borbulhando no meio da sociedade, leis que poderiam vir a suprir e regulamentar especificadamente cada assunto não surgem e quando são promulgadas, assuntos complexos, mais polêmicos, não estão tratados pelo Congresso Nacional como deveriam. E, também muitas vezes, por falta de conhecimento naquele momento, da ocorrência dos fatos, os legisladores não são eficientes e ágeis para a elaboração de leis que reflitam a eficiência e simplificação que o assunto demanda. O robot está aí, praticando atos jurídicos que produzem efeito e a legislação precisa se adaptar.

Robot: humano, eu já estou aqui, já cheguei...

Humano: Que Deus nos proteja!

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Fernando, **O PROGRESSO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS**, Disponível em <https://pt.slideshare.net/falcoforado/o-progresso-da-inteligencia-artificial-e-suas-consequencias> Acesso em 26 fev 2020.

BARBOSA, Denis Borges. **Direito de autor**, Rio de Janeiro, Lumen juris: 2013.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual, Tomo III**, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora:, 2010, 2192 p.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes e Beatriz Bezerra. **Breves tópicos sobre a ‘regulação’ da vida cotidiana pelos algoritmos, privacidade e segurança jurídica**. Disponível em <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/018-BREVES-T%3%93PICOS-SOBRE-A-%E2%80%98REGULA%3%87%3%83O.pdf>, Acesso em 23 jun 2019.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito da propriedade Intelectual**, Aracaju: Evocati, 2007, 702 p.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Afinal software é mercadoria ou não?** Disponível em <http://www.pidcc.com.br/artigos/1003/041003.pdf>, Acesso em: 01 out. 2018.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Software em sede de direito tributário internacional e de propriedade intelectual**. Disponível em <http://www.pidcc.com.br/artigos/1003/051003.pdf>, acesso em: 01 out. 2018.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **A globalização tributária: o dever fundamental de pagar imposto e o direito fundamental de acesso a novas tecnologias**. Disponível em <http://www.pidcc.com.br/artigos/07022016/05072016.pdf>, acesso em: 01 out. 2018.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **A propriedade intelectual derivada da criação e do trabalho intelectual**. Disponível em <http://pidcc.com.br/artigos/052014/13052014.pdf>, acesso em: 01 out. 2018.

BARROS, Carla Eugenia Caldas E Constança Terezinha Marcondes César. **A Pessoa no seu Aspecto Essencial e Funcional ou Sujeito de Direitos?** Disponível em <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3464>, Acesso em 15 ago 2019. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2015.v1i7.3464

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Análise de uma crônica produzida por um aluno no ambiente virtual de aprendizagem-AVA/ direito e inteligência artificial**. Disponível em <http://pidcc.com.br/19072019.pdf>, acesso em 03 jul 2019.

BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da Personalidade**, 2 edição, São Paulo: Editora Atlas, 2014.

BERTRAND, André R. **Droit d'auteur**, Paris: Dalloz, 2012.

BIBLIA. Thiago, 1:21-25. Tradução de João Ferreira Almeida. Rio de Janeiro: King Cross Publicações, 2008. 1110 p. (Novo Testamento)

BINCTIN, Nicolas, **Droit de la propriété intellectuelle Issy les Moulineaux: LGDJ**, 2016.

BIZARRO, Sara. **Inteligência Artificial e Filosofia da Mente**, Disponível em http://an.locaweb.com.br/Webindependente/CienciaCognitiva/artificial_e_filoso.htm Acesso em 26 jan 2020.

BOAS, Alex Villas. **Identidade e Alteridade - o legado de Paul Ricoeur**. Teoliterária V. 2 - N. 3 – 2012, São Paulo: PUC Editora, 2012.

BONET, Eric. **La robotique confrontée à la propriété intellectuelle**. Disponível em <https://www.alain-bensoussan.com/avocats/propriete-intellectuelle-robotique/2016/09/16/> Acesso em 04 dec 2019.

BRAGA , Adriana Andrade; CHAVES ,Monica . A dimensão metafísica da Inteligência Artificial, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 119, setembro 2019: 99-120. Coimbra, Disponível em <http://journals.openedition.org/rccs/9150> Acesso em 28 jan 2019.

BRUGIATELLI , Vereno. Paul Ricoeur: A Identidade Pessoal Entre Manutenção E Traição Da Promessa, **PERI**, v .0 6 n . 0 2, 2 0 1 4 p . 2 2 9 - 2 4 2 . Disponível em <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/peri/article/view/931> Acesso 26 jan 2020.

CARDOSO, Nubia Poliane Cardoso; ARAÚJO, Alberto Einstein. **Informática e Educação: uma reflexão sobre novas tecnologias**. Disponível em <http://www.hipertextus.net/volume1/artigo13-nubia-alberto.pdf>, Acesso em: 05 abr. 2019.

CESAR, Constança Marcondes. **Paul Ricoeur: Ensaios**, São Paulo: Paulus, 1998.

COELHO, Manuel Nuno et al. **Direitos da Personalidade à Luz dos Novos Paradigmas Jurídico- Metodológicos**, Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019

CUPIS, Adriano de. **I diritti dela personalità**. Milano: Dott.A. Giuffrè, 1959.

FELIPE, Bruno Farage da Costa. **Direitos dos robôs, tomadas de decisões e escolhas** , Disponível em <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/3423> Acesso 26 jan 2020.

FERNANDES,Sara Margarida de Matos Roma. Identidade Narrativa E Identidade Pessoal Uma Abordagem Da Filosofia De Paul Ricoeur, **Revista Philosophica 33**, Lisboa, 2008, pp. 75-94.

FRAZÃO, Ana. **Quais devem ser os parâmetros éticos e jurídicos para a utilização da inteligência artificial?** Disponível em <http://estadodedireito.com.br/quais-devem-ser-os-parametros-eticos-e-juridicos-para-a-utilizacao-da-inteligencia-artificial/>, Acesso em 01 maio 2019.

FRAZÃO, Ana. **Algoritmos e inteligência artificial**. São Paulo: Ed. Singular, 2019.
KAUFMAN, Dora. **Inteligência artificial: questões éticas a serem enfrentadas**. Disponível em. <https://dorakaufman.blog/wp-content/uploads/2018/05/INTELIGENCIA-ARTIFICIAL-QUESTOES-ETICAS-A-SEREM-ENFRENTADAS.pdf>, Acesso em: 02 abr. 2019.

LOREZON, Alino , **Ética e moral em Paul Ricoeur**. Disponível em http://revistapandorabrasil.com/revista_pandora/ricoeur/alino.pdf , acesso em 25 jun 2019.

WACHOWICZ, Marcos. **Patente do Software seria um instrumento de desenvolvimento e de inovação ?**, Disponível em <http://www.gedai.com.br/artigos/atenteabilidade-do-software-como-instrumento-de-desenvolvimento-e-de-inovacao-artigo-de-marcos-wachowicz/?fbclid=IwAR3PICROf7D1HZXbPtCFyCYvfaQzj-o1IXXeZU90Azk1FBFsg5hgHvB4TPA>, Acesso em 18 jun 2019.

MAGRANI, Eduardo. **A internet das Coisas**, Rio de Janeiro: FGV, 2018, 192 p.

MAGRANI, Eduardo. **Democracia conectada**. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/trilogiaculturadigital/> . Acesso em 07 ago 2019.

MAGRANI, Eduardo. **Entre dados e robôs. Ética e privacidade na era da hiperconectividade**. Disponível em: <http://eduardomagrani.com/trilogiaculturadigital/> . Acesso em 07 ago 2019.

MASSENO, Manuel David . **Assuring Privacy and Data Protection within the Framework of Smart Tourism Destinations**, Disponível em https://www.academia.edu/37322445/Assuring_Privacy_and_Data_Protection_within_the_Framework_of_Smart_Tourism_Destinations, Acesso em: 09 set. 2018.

MEDEIROS, Heloísa Gomes e Letícia Canut. **Análise das funções dos algoritmos nas relações de consumo na Internet. 20 jul 2018**. Disponível em <http://www.gedai.com.br/artigos/analise-das-funcoes-dos-algoritmos-nas-relacoes-de-consumo-na-internet/?fbclid=IwAR3jiCpe4DSCJMSOGcpGA9muqMTSnhgoj4HOXIhhFPusIxVKy84iRkGJAD0>, Acesso em 17 jun 2019.

MEDEIROS, Heloisa Gomes e leticia Canut. **O direito de autor sobre o software e suas implicações sobre a governança dos algoritmos**. 2019.. Disponível em <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/021-O-DIREITO-DE-AUTOR-SOBRE-O-SOFTWARE-E.pdf>, acesso em 23 jun 2019.

MONARD, Maria Carolina; BARANAUSKAS, José Augusto. **Aplicações de Inteligência artificial: uma visão geral**. Disponível em: <http://dcm.ffclrp.usp.br/~augusto/publications/2000-laptec.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin. Algumas considerações acerca da necessidade de regulamentação ética e jurídica da inteligência artificial. Rio de Janeiro: **Revista Juris Poiesis**, Vol.20-nº22, 2017, pg. 150-169. ISSN 2448-0517. NASCIMENTO , Elen C. Carvalho **REFLEXÕES BIOÉTICAS NA ERA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL** in CAMINHOS DA BIOÉTICA, vol II Disponível em

<http://www.unifeso.edu.br/editora/pdf/694df6505dd21a75bd4ebff29891beb0.pdf>
Acesso em 26 jan 2020.

NEVEJANS, Nathalie, **Traité de Droit et d'éthique de la robotique civile**, Bordeaux: Leh Édition, , 2017, 1231 p.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática: Comercialização e Desenvolvimento Internacional do Software**. 5 edição, São Paulo: Editora Atlas, 2005.

POSELLA , Lamartine Palestra: “ **O DNA de uma mente avançada**” Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=d8P-LB29Bvk>, Acesso em 01 jul 2019.

POSELLA, Lamartine. Palestra: “**A mente controla o corpo**”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=RvRcVIKgzKw>, acesso em 01 jul 2019.

POSELLA, Lamartine. Palestra: “**Subconsciente**”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=HH-knUj27você> , Acesso em 01 jul 2019.

POSELLA, Lamartine. Palestra: “**Mente Maximizada**” Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=HR7Rmj0Oywm>, acesso em 01 jul 2019.

POSELLA, Lamartine. Palestra “**Transforme seu cérebro pela fé**”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=9wqzclL2L2k&t=2718s> . Acesso em 05 jul 2019

POSELLA, Lamartine. Palestra: “**A mente - O maravilhoso cérebro e uma mente renovada**”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=2UHWK6cM8uc>, Acesso em 01 jul 2019.

POSELLA, Lamartine. Palestra: **A mente** Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=nqQ6Wk6g-4w>, Acesso em 01 jul 2019.

REIS, Luiza Daniele Monteiro dos. **Limites éticos na utilização da inteligência artificial e o impacto na sociedade informacional: análise da resolução do parlamento europeu sobre disposições de direito civil sobre robótica** (2015/2103 - inl). Disponível em <http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/05/024-LIMITES-%C3%89TICOS-NA-UTILIZA%C3%87%C3%83O-DA.pdf>, acesso em 20 jun 2019.

RICOEUR, Paul. **O justo**: A justiça como regra moral e como instituição. 2 v. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROMANO, Rogério Tadeu. A tópica em poucas palavras. 06/2017 Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58853/a-topica-em-poucas-palavras> acesso em 07 jun 2019.

SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A proteção autoral de programas de computador. **Lumen Juris**, Rio de Janeiro, 2008. 454 p

SILVA, Ivan de Souza et al **A importância da Inteligência Artificial e dos sistemas especialistas**. Disponível em :

http://www.abenge.org.br/cobenge/arquivos/15/artigos/09_158.pdf, Acesso em: 03 abr.2019.

SCHIRRU, Luca. **A Inteligência Artificial e o Big Data no Setor da Saúde: Os Sistemas Especialistas e o Direito**, Disponível em

<http://www.pidcc.com.br/artigos/1003/061003.pdf>, Acesso em: 20 abr. 2019.

SCHIRRU, Luca. **Inteligência artificial e o direito autoral: o domínio público em perspectiva**, Disponível em <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/04/Luca-Schirru-rev2-1.pdf>, Acesso em 02 jul 2019.

SCHIRRU, Luca. **Direito autoral e games: a Engenharia reversa de programas de computador e o seu potencial como fonte de inovação**. Curitiba: Editora Juruá, 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**, 2 edição, São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SOUSA E SILVA, Nuno. **Direito E Robótica - Uma Primeira Aproximação** (Robots and the Law - a First Take) (June 21, 2017). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990713. Página 18. Acesso em 11 de julho de 2018.

SOUZA, Bruno Carvalho Castro. Domínios, Cognição e Inteligência Artificial, **Revista de Ciências Exatas e de Tecnologia**, vol. IV, n 04, 2009, Valinhos: Ipade, 2010.

SOUZA, Carlos Affonso. **Considerações iniciais sobre inteligência artificial, ética e autonomia pessoal**. Disponível em : <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/8257/pdf>, Acesso em 25 jul 2019.

SOUZA, Carlos Affonso. **O debate sobre personalidade jurídica para robôs**. Disponível em: <https://jota.info/artigos/o-debate-sobre-personalidade-juridica-para-robos-10102017>. Acesso em: 07 de julho de 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos?** Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553/152042>. Acesso em 15 ago 2019.

VANBRABANT, Bernard, **La propriété Intellectuelle – Nature Juridique, Tomo I**, Bruxelles: Groupe Larcier S.A, 2016, 662 p.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual de Software e Revolução da Tecnologia da Informação**, Curitiba, Editora Juruá, 2005, 287 p.

**REPENSANDO O PRAZO DE VIGÊNCIA DE PATENTES ALÉM DO
ADPIC (TRIPS): REFLEXÕES COM DADOS EMPÍRICOS¹**
**RETHINKING THE TERM OF PATENTS BEYOND ADPIC (TRIPS):
REFLECTIONS WITH EMPIRICAL DATA**

Milton Lucídio Leão Barcellos²

*Philosophers have so far contributed little to these debates on
the optimal regulation of ownership of IP.³*

RECEBIDO 30/06/2020
APROVADO 02/07/2020
PUBLICADO 04/07/2020
Editor Responsável: Carla Caldas
Método de Avaliação: Double Blind Review
E-ISSN: 2316-8080
DOI:10.16928

Resumo:

O presente texto trata sobre o prazo de vigência de patentes dentro de uma perspectiva doutrinária e com pesquisa empírica. Aborda como o prazo de vigência de patentes oscilou historicamente no Brasil e exterior, usando exemplos históricos dessa oscilação temporal, até culminar com a harmonização internacional do prazo de vigência de 20 anos via ADPIC (Acordo TRIPS de 1994). Trata também de análise de dados de pesquisa empírica conduzida pelo

¹ Meu agradecimento especialíssimo a todos(as) 93 (noventa e três) profissionais da área de propriedade intelectual que disponibilizaram tempo para responder a pesquisa realizada em 2019. O levantamento dos dados empíricos somente foi possível graças à participação de todos(as) vocês. Agradeço também à ATRIP por avaliar e aceitar, em duas oportunidades distintas (36º Congresso Anual de 2017 e 38º Congresso Anual de 2019), a abordagem do tema relacionado ao prazo de vigência de patentes (em 2017 sem dados empíricos e em 2019 com dados empíricos). Meu agradecimento também a um experiente e culto professor e pesquisador estadunidense da área de patentes que, em 2017, após os debates na apresentação e uma conversa extremamente agradável, me sugeriu: “Milton, don’t waist your time with patent term...” e eu, como bom descendente de alemães por parte de mãe, não acatei a sugestão (acho até mesmo que ele sabia que eu não acataria...).

² Advogado e Agente da Propriedade Industrial sócio da Leão Propriedade Intelectual e da Leão, Correa e Rocha Sociedade de Advogados. Especialista em Direito Internacional pela UFRGS (2002). Mestre (2006) e Doutor (2010) em Direito pela PUCRS (bolsista CAPES em ambos). Professor da disciplina de Propriedade Intelectual em diversos cursos de extensão e pós-graduação. Foi Professor-Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Boston em 2009. Parecerista e Perito Judicial na área de Propriedade Intelectual. Idealizador, Ex-Presidente e atual Membro da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS. Membro das seguintes associações nacionais e internacionais na área da propriedade intelectual: Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial - ABAPI, Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - ABPI, Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual - IBPI, International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property - ATRIP, Asian Patent Attorneys Association -APAA (Observer), Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle – AIPPI e Ligue Internationale du Droit de la Concurrence - LIDC.

³ WILSON, James. On the value of intellectual Commons em New frontiers in the Philosophy of intellectual property. Editado por Annabelle Lever, Cambridge University Press, 2012, p. 123.

autor, concluindo ao final tratar-se de um sistema de patentes não preparado para lidar com diferentes e desafiadoras tecnologias que surgiram muito após a idealização do sistema de patentes e, portanto, gerando dissintonias entre o ideal do sistema e como ele vem performando com o passar das décadas.

Palavras-chave: Propriedade Intelectual. Patentes. Prazo de Vigência.

Abstract:

This text is related to the patent term within a legal perspective and an empirical research. It addresses how the patent term has changed historically in Brazil and abroad, also mentioning specific examples of this historical changes up to the international harmonization of the patent term through TRIPS Agreement of 1994. The text does an analysis of the empirical research conducted by the author, concluding that the patent system is not prepared to deal with different and challenging technologies which were developed long after the idealization of the patent system and therefore generating disagreements the ideal of the system and how it has been performing over the decades.

Keywords: Intellectual Property. Patents. Patent Term.

Resumen:

Este texto aborda el término de validez de las patentes dentro de una perspectiva doctrinal y con la investigación empírica. Discute cómo el término de la patente ha fluctuado históricamente en Brasil y en el extranjero, utilizando ejemplos históricos de esta fluctuación de tiempo, hasta culminar en la armonización internacional del plazo de 20 años a través de los ADPIC (Acuerdo sobre los ADPIC 1994). También trata el análisis de datos de investigaciones empíricas realizadas por el autor, concluyendo al final que es un sistema de patentes no preparado para tratar con tecnologías diferentes y desafiantes que surgieron mucho después de la idealización del sistema de patentes y, por lo tanto, generando desacuerdos entre El ideal del sistema y cómo ha funcionado durante décadas.

Palabras clave: Propiedad intelectual. Patentes Periodo de validez.

1. Introdução

Após uma melhor compreensão a respeito do prazo de vigência de patentes, assim como dos objetivos que sustentam a existência do próprio sistema de patentes como um todo⁴, deve-se manter sempre viva a pergunta a respeito da sua adequação.

⁴ Aqui pode-se referir a cláusula finalística do inciso XXIX do art. 5º da Carta Magna de 1988, assim como os arts. 7º e 8º do ADPIC/TRIPS, entre outros diplomas legais em vigor.

Historicamente o sistema de patentes em geral (e o prazo de vigência em específico) passou por perspectivas nacionais e regionais diferentes. A harmonização internacional do prazo de vigência de patentes veio a ocorrer em momento relativamente recente através do Acordo sobre os Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – ADPIC (Acordo TRIPS) de 1994, o que definitivamente tornou mais fácil prever e calcular globalmente os investimentos em soluções e produtos/serviços que estejam relacionados a invenções protegidas por patentes, entre outros benefícios.

Analisar se o prazo de 20 (vinte) anos de vigência de patentes preenche os objetivos do sistema de patentes em diferentes áreas tecnológicas no sentido de buscar definir qual seria o prazo de vigência ideal é extremamente relevante em um mundo complexo e em constante mudança.

Seguindo o raciocínio do estudo do sistema de patentes e a linha de perguntas de Stephen Hawking⁵, relevantíssimo questionar se o prazo de vigência de patentes deveria ser menor ou maior do que 20 anos e como ele impacta diferentes áreas tecnológicas. Afinal de contas, qual a diferença entre a imagem de mundo que adotamos ser baseada na visão de uma “torre infinita de tartarugas sustentando uma terra achatada...”⁶ e na visão de que o prazo ideal de patentes para todas as áreas tecnológicas é de 20 anos?

Talvez a resposta perpassasse pela essência (e limitação) do sistema de patentes, estudo de diferentes áreas tecnológicas e suas complexidades, percepção de diferentes racionalidades de mercado, pesquisas empíricas com premissas corretas, entre outras potenciais fontes que o ser humano desenvolveu para analisar o movimento circular saudável entre o ser e o dever ser.

⁵ HAWKING, Stephen. Uma breve história do tempo. Tradução Cássio de Arantes Leite, 1. Edição, Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2015.

⁶ Op. Cit. P. 225. Hawking faz aqui uma bela analogia pré-conclusiva entre duas teorias possíveis (torre de tartarugas sustentando uma terra chata ou das supercordas), afirmando que ambas carecem de evidência observacional: “ninguém jamais viu uma tartaruga gigante com a Terra nas costas, mas também ninguém jamais viu uma supercorda”.

A presente pesquisa parcialmente conclusiva⁷ tem por base dois estudos anteriores, sendo o primeiro⁸ baseado em análise bibliográfica e histórica do sistema de patentes em relação ao prazo de vigência, e o segundo⁹ baseado em pesquisa empírica e análise desta.

Com base na análise histórica e na pesquisa empírica, conclui-se que o sistema de patentes efetivamente não estava e não está preparado para lidar com diferentes e desafiadoras tecnologias¹⁰, sendo que o estabelecimento de prazo único uniforme de vigência de patentes (e este fixado internacionalmente em 20 anos) tem relação direta com o ser e não com o dever ser.

2. Histórico do prazo de vigência de patentes

Acordos internacionais usualmente pressupõem intensas negociações e acomodação de interesses nacionais, regionais e/ou grupais alinhados e não alinhados. Na área de propriedade intelectual em geral (e de patentes em especial) não é diferente, tendo em vista as dissintonias de percepção de como deve ser o sistema ideal.

Ocorre que até o advento do ADPIC (TRIPS), em vigor desde 1995, os países eram independentes para estabelecer o prazo de vigência de patentes que entendessem como o ideal para o seu país e, no caso do Brasil, devendo estar em sintonia com a cláusula finalística do art. 5º, inc. XXIX da Carta Magna de 1988¹¹.

⁷ Pois baseada em dados empíricos limitados quantitativa (93 entrevistados que responderam à pesquisa) e setorialmente (profissionais atuantes na área de propriedade intelectual).

⁸ Disponível em:

https://www.academia.edu/42877984/36th_Annual_ATRIP_Congress_The_object_and_purpose_of_Intellectual_Property_Thinking_beyond_TRIPS_Agreement_about_reshaping_the_patent_term

⁹ Disponível em:

https://www.academia.edu/42877873/38th_Annual_ATRIP_Congress_Recreating_Copyright_Law_Rede_signing_Design_Law_Resourcing_Trademark_Law_Reinventing_Patent_Law_Thinking_again_Beyond_TRIPS_Agreement_about_Reshaping_the_Patent_Term_with_some_Empirical_Evidence

¹⁰ Ver: BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. Patent claim interpretation and new technologies: re-thinking the problem/solution approach *in* PISTORIUS, Tana (Ed.). Intellectual Property Perspectives on the Regulation of New Technologies. Ed. Edward Elgar, 2018, p. 93.

¹¹ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à **liberdade**, à **igualdade**, à segurança e à **propriedade**, nos termos seguintes: (...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, **tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País**; (grifei).

Dentro desta independência, por exemplo, no Brasil o prazo de vigência de patentes de invenção era de 15 (quinze) anos contados da data de depósito, sendo que nos Estados Unidos da América era de 17 anos contados da data de concessão da patente.

Na lógica brasileira pré-ADPIC (TRIPS), os titulares de patentes detinham o direito de impedir terceiros de incorporar suas tecnologias protegidas por 15 anos contados da data do depósito dos pedidos de patente, passando a ter, pós-ADPIC (TRIPS) esse direito por 20 anos (um aumento exato de 5 anos).

Já na lógica estadunidense, como a data de contagem dos 17 anos era da decisão de concessão da patente e não do pedido (pré-ADPIC), passando a ser 20 anos contados do pedido (pós-ADPIC), estudos e doutrina apontam para o fato de que as diferenças específicas de duração efetiva do direito não foram tão significativas. Isso porque à época o USPTO já possuía uma média de demora no julgamento dos pedidos de patente que era próxima de 3 anos, de modo que com ou sem o ADPIC (TRIPS), o prazo efetivo de direito dos titulares de patentes não oscilou muito¹².

No entanto, pouco tem sido estudado a respeito do prazo de vigência de patentes e sua relação com os níveis de inovação, como destacado por Abrams afirmando que “Understanding the incentive effects of patent protection is a core issue in intellectual property scholarship, about which almost nothing is currently known”¹³.

Evidentemente existem áreas tecnológicas, como por exemplo a farmacêutica, que dependem de um sistema de patentes forte com prazo de vigência muito bem pensado, tendo em vista as peculiaridades do setor¹⁴. Por

¹² Ver, nesse sentido: (...) *The average time between filing and first office action was 16.2 months, down from 17.3 months in FY 2015 and 18.4 months in FY 2014. Average total pendency also decreased to 25.3 months (from 26.7 months in FY 2015). These numbers are especially interesting when compared to those from only five years ago: in FY 2011 the average wait times were 28 months to first action and 33.7 months total. It is clear that the USPTO has made significant strides toward reducing overall wait time for patent applications in recent years (...).* (SINGER, Jim. Disponível em: <https://ipspotlight.com/2016/12/31/how-long-does-it-take-for-the-uspto-to-issue-a-patent-or-register-a-trademark-2016-edition/>, último acesso em 20/03/2020).

¹³ ABRAMS, David S. Did TRIPS spur innovation? An analysis of patent duration and incentives to innovate. *University of Pennsylvania Law Review*. 2009. Vol. 157, p. 1613/1647.

¹⁴ Importante notar que o direito sobre uma patente não nasce na data da sua concessão efetiva, mas sim já surte efeitos concorrenciais desde a data do seu depósito/protocolo. Pode parecer um contra senso a

outro lado, as próprias peculiaridades do setor farmacêutico fazem com que o sistema de patentes funcione perfeitamente bem e de forma previsível para esse setor¹⁵.

Outro aspecto a ser levado em consideração é que, conforme cita Abrantes¹⁶, boa parte das patentes não utiliza todo o seu prazo de 20 anos de proteção, ensinando Pedro Barbosa que enquanto vigentes *...lidará com a interdição concorrencial abstratamente, com um amplo mercado consumidor, mas com diminutas opções sobre o objeto tecnológico interditado, o vínculo jurídico não é definível aprioristicamente....*¹⁷

Com efeito, pensando na evolução histórica do prazo de proteção de patentes, levando em conta o prazo histórico mais antigo de 10 ou 14 anos de vigência¹⁸ ou outros (tendo em vista tratar-se de prazo não harmonizado

afirmação, tendo em vista que o direito de propriedade sobre uma invenção é atribuído após a decisão do INPI sobre a sua concessão ou não. No entanto, fato é que existem inúmeros fatores concorrenciais que mostram à saciedade que a patente é utilizada como instrumento concorrencial e, portanto, o sistema funciona como tal, desde a data do protocolo do pedido. Importante notar que, apesar da relevante afirmação de Roin (Roin, Benjamin. Drug Patent Length. 02/2010. Disponível em: [https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Roin\(1\).pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Roin(1).pdf)) sobre a importância do sistema de patentes na indústria farmacêutica, há escolhas feitas pelo empresário que sopesam, por exemplo, o tempo e custo que serão investidos em determinada droga versus o prazo de proteção (direito de impedir terceiros de reproduzir igual ou equivalente) que o sistema de patentes oferece, gerando muitas vezes a desistência de projetos de longo prazo que em troca não recebam o prazo adequado de proteção e, portanto, há desincentivo à inovação de drogas específicas mais caras, com P&D mais lentos ou com mercado menos atrativo. Isso, por exemplo, gera o que se chama de doenças negligenciadas pelo sistema. Mas é fato que trata-se de análise muito mais profunda do que o brevemente exposto aqui, sendo certo que o sistema de patentes na área farmacêutica trouxe, traz e trará muitos benefícios econômicos e sociais, sendo a busca técnica-jurídica-política focada nos ajustes necessários para o incentivo ideal via sistema de patentes. E, por fim, afirma Roin que: “Given the difficulty of calibrating a variable patent term and the costs of preventing drug companies from gaming the system, the case for tailoring drug patent lengths based on the duration and costs of R&D falls short of compelling.”, mas ao final conclui, como concluo em minha tese de doutorado, que o mundo ideal seria baseado em prazos de validade de patentes customizados para cada tipo de tecnologia (Roin conclui mais especificamente, que o mundo ideal teria por base prazos diversos de validade de patentes dentro da própria indústria farmacêutica, dependendo dos investimentos e tempo de P&D necessários (op. cit, p. 72).

¹⁵ Ver: BESEN, James e MEURER, Michael. *Patent Failure: How Judges, bureaucrats, and lawyers put innovators at risk*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

¹⁶ O que se observa, contudo é que poucas patentes utilizam toda a extensão de 20 anos de proteção patentária. Um estudo feito pelo USPTO, EPO e JPO mostra que no Japão, cerca de 50% das patentes concedidas são mantidas por mais de 17 anos, comparado com 12 anos na Coreia, 16 anos nos Estados Unidos e 10 anos no EPO. (ABRANTES, Antonio Carlos Souza de. *Introdução ao sistema de patentes: aspectos técnicos, institucionais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 134).

¹⁷ BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual: o caso da usucapião de patentes*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83.

¹⁸ Considerando o sistema veneziano de patentes de 1474, tínhamos uma vigência de 10 anos, mas considerando história mais recente, por exemplo a estadunidense, o US Patent Act de 1790 estabelecia 14 anos de vigência de patentes.

internacionalmente à época) e chegando ao prazo atual internacionalmente aceito e harmonizado de 20 anos de vigência¹⁹, quando contraposto ao platô de produtividade de acordo, por exemplo, com o Gartner Hype Cycle²⁰, há uma dissintonia aparente de correlação, sendo necessárias diversas pesquisas empíricas e análises contextuais para que tal aumento histórico de prazo de vigência de patentes se justifique ou não.

Ou seja, pelo menos do ponto de vista de que o ideal seria a lógica inversamente proporcional entre a rapidez que um produto/serviço resultado de P&DI chega ao mercado e o prazo de vigência de patentes (quanto mais rápido o produto/serviço protegido por patente chega ao mercado, maior será o período de exclusiva) e, portanto, idealmente, o prazo de patentes deveria ser reduzido proporcionalmente à redução de tempo que leva o produto/serviço para chegar ao mercado. Isso, partindo apenas de uma premissa simples que desconsidera inúmeros outros fatores, como por exemplo o ciclo de obsolescência. Por exemplo, se o prazo de patente desenhado pelo sistema era X, o tempo de exclusiva efetiva era Y (o tempo que o produto/serviço leva para chegar ao mercado), teremos E que é o período efetivo de exclusiva. Mas como o mercado passou a ser mais ágil no lançamento e consolidação de produtos/serviços, o tempo de efetiva exclusiva E no mercado passa a sofrer a influência de $Y - n$ (número de dias/meses/anos a mais de E pela agilidade média melhorada do mercado em disponibilizar o produto/serviço patenteado). Poderíamos ter uma fórmula exemplificativa hipotética do tipo:

$$X - Y = E \text{ (fórmula da data do estabelecimento do marco legal)}$$

$$X - (Y - n) = E \text{ (fórmula da data atual, após 25 anos do ADPIC/TRIPS)}$$

Claro que trata-se exclusivamente de um exemplo pobre, ou seja, evidentemente que a premissa adotada não pode ser considerada isoladamente e também está longe de ser a principal, de modo a ser utilizada apenas como

¹⁹ Art. 33 do ADPIC/TRIPS: *A vigência da patente não será inferior a um prazo de 20 anos, contados a partir da data do depósito.*

²⁰ Ver: <https://www.gartner.com/en/research/methodologies/gartner-hype-cycle>.

exemplo de que fatores externos temporais podem (ou devem) ser considerados no estabelecimento do prazo ideal médio de vigência de patentes.

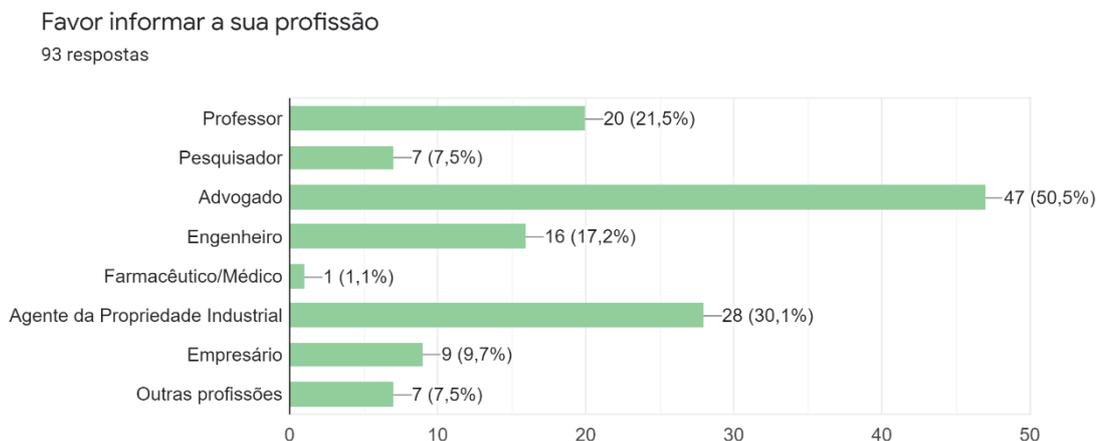
Nas palavras de Nari Lee, *Making new meanings out of existing concepts may be necessary to accommodate new technologies*²¹.

3. Pesquisa empírica concluída em 2019 sobre o prazo de vigência de patentes

Em 2019 foi conduzida pesquisa empírica com o envio de 393 convites para resposta à questionário intitulado “Pesquisa Acadêmica sobre o prazo de 20 anos de vigência de patentes”, disponibilizado na plataforma “Google Formulários”, endereçados a profissionais da área de propriedade intelectual.

Como resultado foram obtidas 93 respostas completas ao questionário, além de comentários de parte dos respondentes que integraram a pesquisa. Os resultados foram apresentados no Congresso Anual de Propriedade Intelectual da ATRIP em Nashville/TN em agosto de 2019²².

Os respondentes foram classificados de acordo com suas profissões, idades e escolaridade, conforme abaixo:

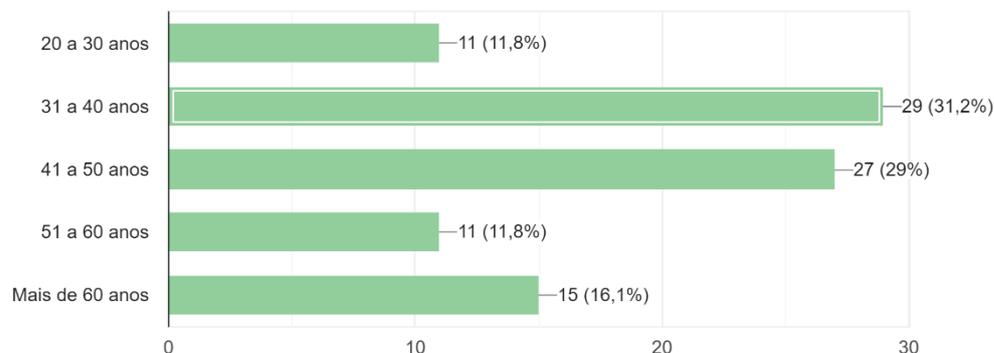


²¹ LEE, Nari. Making of patent law at the digital frontier – patents at the age of 3D printing (p.443-461) in FRANKEL, Susy (Org.). Is intellectual property pluralism functional? ATRIP Intellectual Property Series. Northampton/MA: Edward Elgar, 2019, P. 460/461.

²² Os slides da apresentação realizada no referido congresso estão disponíveis em: https://www.academia.edu/s/d72ca3e61b?show_pending=true

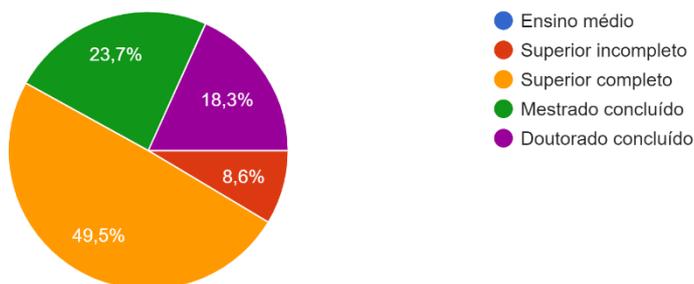
Idade

93 respostas



Escolaridade

93 respostas

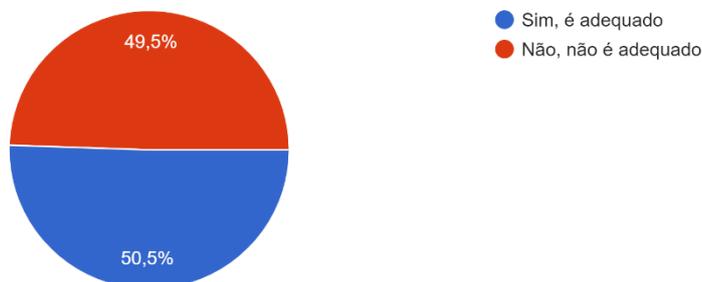


Importante ressaltar que o foco dessa fase da pesquisa foi buscar respostas de profissionais com experiência na área de propriedade intelectual e não de destinatários/usuários finais do sistema, de modo que deve-se atentar para esse fato, ficando ainda carente a pesquisa de um dado empírico mais amplo, tanto do ponto de vista quantitativo (número de pessoas entrevistadas) quanto do ponto de vista qualitativo (destinatários/usuários do sistema de patentes e sociedade como um todo).

Quanto à questão número 1 sobre “Na sua opinião, o prazo de 20 anos de vigência de patentes para todas as áreas tecnológicas é adequado?”, as 93 respostas foram totalmente divididas, conforme abaixo:

1. Na sua opinião, o prazo de 20 anos de vigência de patentes para todas as áreas tecnológicas é adequado?

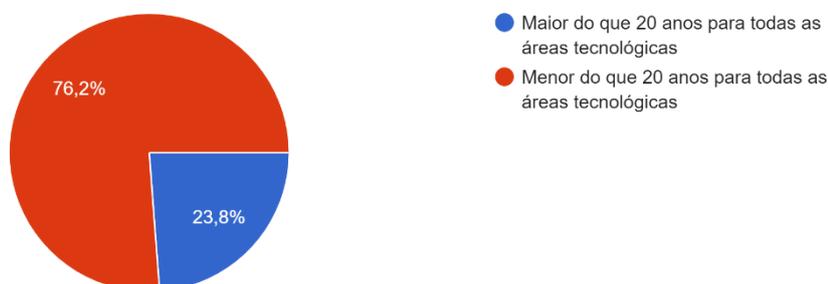
93 respostas



Já quanto à questão 2, as quais eram dependentes de uma resposta negativa à questão 1, e que assim foi formulada: “2. Caso a sua resposta à questão anterior tenha sido ‘Não, não é adequado’, na sua opinião o prazo deveria ser:”, houve uma clara maioria que entende que o prazo de vigência deve ser menor que 20 anos (42 respostas):

2. Caso a sua resposta à questão anterior tenha sido “Não, não é adequado”, na sua opinião o prazo deveria ser:

42 respostas



Por fim, quanto à questão 3 que formulou a seguinte pergunta hipotética: “Caso fosse possível estipular prazos diferentes de vigência de patentes para diferentes áreas tecnológicas, você entende que:”, a maioria das respostas (29) foi no sentido de que o prazo de vigência deveria variar entre 10 e 20 anos, dependendo da área tecnológica:

Caso fosse possível estipular prazos diferentes de vigência de patentes para diferentes áreas tecnológicas, você entende que:

93 respostas



Interpretar os resultados de uma pesquisa empírica é tarefa árdua porque toda e qualquer pesquisa empírica é dotada de imperfeições e, justamente por isso, a tarefa de elaboração da pesquisa é fundamentalmente mais importante do que as conclusões dela extraídas, tendo em vista a relevância e necessária assertividade das premissas adotadas²³.

4. Reflexões sobre os resultados da pesquisa

A pesquisa empírica realizada teve por objetivo trazer mais luzes para o debate a respeito do prazo ideal de vigência de patentes, tendo em vista a percepção de sua inadequação em um ambiente pós-moderno mais ágil e cujo ciclo de inovação, em média, foi reduzido quando comparado ao período pré-ADPIC.

Apesar de inconclusiva do ponto de vista quantitativo, tendo em vista que praticamente metade dos respondentes ainda entende que o prazo de vigência de patentes de 20 anos é o ideal, a pesquisa foi conclusiva quanto à uma maioria expressiva dentro daqueles que entendem que, não sendo o prazo ideal, deveria ser um prazo menor do que 20 anos (entre 10 e 20 anos) e não maior do que 20 anos.

²³ Ver LEE, Epstein e KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução de Fábio Morosini (Coordenador). São Paulo: Direito GV, 2013. Título original: *The rules of inference*. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br, acesso em 26.02.2020.

A pesquisa mostra, ainda, que há sim uma inquietude entre os respondentes entre a aceitação do “ser” e a busca do “dever ser” no sistema de patentes quanto ao prazo ideal de vigência de uma patente.

Ela reforça nosso entendimento de que o “dever ser” está diretamente relacionado a prazos variáveis de vigência de patentes, dependendo da lógica mercadológica de cada área tecnológica e seu ciclo de inovação e obsolescência mais rápido ou mais lento. Portanto, essa premissa não deve ser esquecida porque a pesquisa acadêmica deve ser livre, mas ao mesmo tempo os seus resultados/conclusões devem ser medidos pelos efeitos benéficos que podem/devem gerar para a sociedade como um todo.

Nessa linha a pesquisa empírica realizada em 2019, dentro da limitação metodológica quantitativa/qualitativa explicitada, atingiu seus objetivos, não apenas pelas respostas objetivas dos 93 respondentes, mas também pelos ricos comentários livres de diversos respondentes qualificados para complementar/justificar suas respostas ao questionário.

5. Conclusões

Uma das maiores preocupações com pesquisas empíricas, além, é claro, da sua abrangência numérica e geográfica, é a definição das perguntas certas elegendo as premissas corretas.

Em resumo o estudo como um todo e a pesquisa específica buscam entender se há ou não um *deadweight loss* que poderia ser resolvido através de uma melhor definição do prazo de vigência de patentes.

E a principal pergunta que deve ser feita é relacionada à qual o prazo médio necessário de vigência de patentes para que inovadores/investidores sigam estimulados a inovar/investir em novas tecnologias com benefício à sociedade onde a curva de inovação média é mais rápida do que era no passado? Uma redução temporal nesse prazo médio irá gerar desestímulo ao uso do sistema de patentes como ferramenta disponível integrante do ciclo de inovação cada vez mais curto?

Apesar da breve e restrita pesquisa empírica estar longe de apresentar resultados conclusivos absolutos, ela serve como base norteadora da

necessidade de readequação do prazo de vigência de patentes. Serve, inclusive, como uma das bases para nossa livre conclusão parcial, de que o prazo de vigência médio ideal de patentes deveria ser reduzido para aproximadamente 15 anos, considerando que a solução ideal baseada na variação de prazos de vigência de patentes de acordo com a área tecnológica específica permanece (mas não por muito mais tempo) sendo utópica.

A conclusão final e assertiva é a de que o prazo de vigência de patentes deve ser o suficiente (e não demasiado) para gerar o incentivo esperado dele no cumprimento da cláusula finalística constitucional²⁴ (e os objetivos gerais da sociedade internacional relacionados ao sistema de patentes²⁵). Há indícios de que um repensar e redefinir sejam necessários para a própria sobrevivência de um sistema de patentes saudável e equilibrado, lembrando do próprio motivo contemporâneo da sua existência como um elemento de correção de uma falha de mercado no estímulo à inovação e, por via de consequência, atendendo o interesse social e sendo um real estímulo ao desenvolvimento tecnológico e econômico.

Referências bibliográficas:

ABRAMS, David S. *Did TRIPS spur innovation? An analysis of patent duration and incentives to innovate*. University of Pennsylvania Law Review. 2009. Vol. 157, p. 1613/1647.

ABRANTES, Antonio Carlos Souza de. *Introdução ao sistema de patentes: aspectos técnicos, institucionais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. *Direito Civil da Propriedade Intelectual: o caso da usucapião de patentes*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARCELLOS, Milton Lucídio Leão. *Patent claim interpretation and new technologies: re-thinking the problem/solution approach in* PISTORIUS, Tana

²⁴ Art. 5º, XXIX da CRFB: (...) XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (...)

²⁵ Art. 7º do ADPIC/TRIPS: A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

(Ed.). *Intellectual Property Perspectives on the Regulation of New Technologies*. Ed. Edward Elgar, 2018.

BESSEN, James e MEURER, Michael. *Patent Failure: How Judges, bureaucrats, and lawyers put innovators at risk*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de Direito da Propriedade Intelectual*, Evocati: Aracaju, 2007.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004

HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Tradução Cássio de Arantes Leite, 1. Edição, Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca, 2015.

LEE, Epstein e KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. Tradução de Fábio Morosini (Coordenador). São Paulo: Direito GV, 2013. Título original: *The rules of inference*. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br, acesso em 26.02.2020.

LEE, Nari. *Making of patent law at the digital frontier – patents at the age of 3D printing* (p.443-461) in FRANKEL, Susy (Org.). *Is intellectual property pluralism functional?* ATRIP Intellectual Property Series. Northampton/MA: Edward Elgar, 2019.

Roin, Benjamin. *Drug Patent Length*. 02/2010. Disponível em: [https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Roin\(1\).pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/bclt_IPSC2010_Roin(1).pdf)

SINGER, Jim. Disponível em: <https://ipspotlight.com/2016/12/31/how-long-does-it-take-for-the-uspto-to-issue-a-patent-or-register-a-trademark-2016-edition/>, último acesso em 20/03/2020.

WILSON, James. *On the value of intellectual Commons in New frontiers in the Philosophy of intellectual property*. Editado por Annabelle Lever, Cambridge University Press, 2012.

**INOVAÇÃO SOCIAL, CONSTELAÇÃO SISTÊMICA E FAMILIAR:
DISCUSSÕES SOBRE A PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS NO CAMPO DO DIREITO**

**INNOVACIÓN SOCIAL, CONSTELACIÓN SISTÉMICA Y FAMILIAR: DEBATES SOBRE
LA PACIFICACIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO**

**SOCIAL INNOVATION, SYSTEMIC AND FAMILY CONSTELLATION:
DISCUSSIONS ON THE PACIFICATION OF CONFLICTS IN THE LAW FIELD**

Vanêssa Emanuela Marques de Paula¹

<https://orcid.org/0000-0003-4876-0888>

Luana Carla Martins Campos Akinruli²

<http://lattes.cnpq.br/9953266134142337>

Vasco Ariston de Carvalho Azevedo³

<http://orcid.org/0000-0002-4775-2280>

RECEBIDO 04/07/2020

APROVADO 07/07/2020

PUBLICADO 11/07/2020

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

Resumo

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (1997). Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (1999). Pós Graduada em Advocacia Cível pela Escola Superior de Advocacia da OABMG (2020). Mestranda em Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual (UFMG). Membro da Comissão de Direito Sistêmico da OABMG. Facilitadora e Professora de Constelação Sistêmica e Familiar no Instituto Imensa Vida. E-mail: vanessa_emanuela@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4287196543678020>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4876-0888>.

² Realiza residência pós-doutoral no Departamento de História da Universidade Federal de Minas Gerais (2019) onde leciona como professora colaboradora, é doutora em Antropologia em ênfase em Arqueologia pela UFMG (2018), mestra em História Social da Cultura pela UFMG (2008), licenciada em História pela UFMG (2005), e coordenadora de projetos e pesquisas no Instituto de Inovação Social e Diversidade Cultural (INSOD). E-mail: luanacampos@insod.org. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9953266134142337>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1203-9207>.

³ Membro da Academia Brasileira de Ciências, Comendador da Ordem do Mérito Científico do MCTI, do comitê de assessoramento de Genética e do grupo de trabalho de políticas públicas em Biotecnologia e recursos Genéticos do COBRG/CNPq, coordenador do Laboratório Internacional Associado Bact-infla do INRA e UFMG. Professor Titular, pesquisador 1A do CNPq. Possui graduação em Medicina Veterinária pela Escola de Medicina Veterinária da Universidade Federal da Bahia (1986), mestrado (1989) e doutorado (1993) em Genética de Microrganismos pelo Institut National Agronomique Paris Grignon. Pós-doutorado pelo Departamento de Microbiologia da Escola de Medicina da Universidade da Pensilvânia (EUA, 1994). Livre-Docente pelo Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade de São Paulo (2004) e doutor em Bioinformática pela UFMG (2017). E-mail: vascoariston@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1020477751003832>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4775-2280>.

A sociedade enfrenta conflitos em diversas áreas, sobremaneira no campo do Direito, e a inovação social apresenta possibilidades de solução desses enfrentamentos. Métodos e técnicas inovadoras são desenvolvidos na tentativa de solucionar os conflitos de forma pacífica, humanizada, célere, eficiente e menos onerosa para a sociedade em geral. Um método pacificador que vem se expandindo no Brasil e no mundo, especialmente no campo do Direito, é a Constelação Sistêmica e Familiar. O método, largamente utilizado no judiciário brasileiro, alcançou índices de até 100% de resolução e pacificação de conflitos familiares em que ambas as partes envolvidas se submeteram ao método. Estudos são promovidos pela Ordem dos Advogados do Brasil através de suas Comissões de Direito Sistêmico, com foco no desenvolvimento de habilidades dos profissionais para o atendimento humanizado. Este trabalho visa demonstrar a aplicabilidade do método, sua eficácia e utilização no campo do Direito, bem como analisar sua expansão no país. Para tanto, busca-se o debate teórico no campo da inovação social, usando-se especialmente a metodologia da observação participante. Conclui-se pela sua força, credibilidade, eficácia e aplicabilidade do método no judiciário, o que demanda ainda regulamentação legal para a segurança de seus usuários.

Palavras-chave: Constelação Familiar. Inovação Social. Direito Sistêmico. Conflitos. Pacificação.

Resumen

La sociedad enfrenta actualmente conflictos en varias áreas, especialmente en el campo del derecho, y la innovación social presentando posibilidades para resolver estos enfrentamientos. Se desarrollan métodos y técnicas innovadores en el intento de resolver conflictos de manera pacífica, humanizada, rápida, eficiente y menos costosa para la sociedad en general, como un todo. Un método pacificador que se ha expandido en Brasil y en todo el mundo, especialmente en el campo del derecho, es la Constelación Sistémica y Familiar. Método éste ampliamente utilizado en el poder judicial brasileño, que alcanzó tasas de hasta el 100% de resolución y pacificación de conflictos familiares en los que ambas partes involucradas se sometieron al mismo. Los estudios son promovidos por el Colegio de Abogados de Brasil a través de sus Comisiones de Derecho Sistémico, con un enfoque en el desarrollo de las habilidades de los profesionales para la atención humanizada. Este trabajo tiene como objetivo demostrar la aplicabilidad del método, su efectividad y uso en el campo del derecho, así como analizar su expansión en el país. Para ello, se busca el debate teórico en el campo de la innovación social, utilizando especialmente la metodología de observación participante. Se concluye por su

solidez, credibilidade, efetividade y aplicabilidade del método en el poder judicial, que aún exige una regulación legal para la seguridad de sus usuarios.

Palabras clave: Constelación Familiar. Innovación Social. Derecho Sistémico. Conflictos. Pacificación.

Abstract:

The society faces conflicts in several areas, particularly in the law field, and social innovation presents possibilities for resolving these conflicts. Innovative methods and techniques are developed in an attempt to resolve conflicts in a peaceful, humanized, fast, efficient and less costly manner for the society in general. A peacemaking method that is fast expanding in Brazil as it is worldwide, especially in the Law field, is the Systemic and Family Constellation. The method, widely used in the Brazilian judiciary, has achieved rates of up to 100% of resolution and pacification of family conflicts in cases in which involved parties were submitted to the method. Studies are promoted by the Brazilian Bar Association through its Systemic Law Commissions, with a focus on the development of professionals' skills for humanized consultancy. Thus, this work aims to demonstrate the applicability of the method, its effectiveness and use in the field of law, as well as to analyze its expansion in the country. To this end, the theoretical debate in the field of social innovation is sought, using especially the methodology of participatory observation. It is concluded by its strength, credibility, effectiveness and applicability in the judiciary, which also demands legal regulation for the safety of its users.

Keywords: Family Constellation. Social Innovation. Systemic Law. Conflicts. Pacification.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, no âmbito jurídico há uma grande demanda por pacificação de conflitos, trazendo lentidão, ineficiência, injustiça e onerosidade à justiça e ao cidadão. Muitos desses conflitos poderiam ser solucionados de forma consensual antes mesmo de serem judicializados. E mesmo que em fase processual, o Judiciário vem desenvolvendo métodos e técnicas que possibilitem uma solução pacífica, sem a imposição de uma decisão pelo juiz. Desta forma, o Poder Judiciário tem buscado meios alternativos e adequados para a solução dos conflitos, não só para dar uma resposta ao mesmo, mas também para solucionar e pacificar a relação humana dali decorrente.

Ressalta-se que pacificar é encontrar uma resolução justa e satisfatória para ambos os envolvidos. A decisão é tomada por ambas as partes, não sendo imposta por um terceiro, de modo que se torna satisfatória para todos os envolvidos. Entendemos que por essa e outras questões que serão tratadas nesse artigo, a Constelação Sistêmica e Familiar é entendida como um método que se enquadra no contexto da inovação social, por trazer contribuições e um novo olhar para a pacificação dos conflitos no campo do Direito.

O uso das constelações está em conformidade com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e com diversos dispositivos do Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. (CARVALHO, 2018: 31)

Este trabalho visa demonstrar a aplicabilidade do método, sua eficácia e utilização no campo do Direito, bem como analisar sua expansão no país. Para tanto, busca-se o debate teórico no campo da inovação social, além de constituição de um estado de arte sobre as obras que debatem a Constelação Sistêmica, usando-se especialmente a metodologia da observação participante que, “faculta ao pesquisador obter informações sobre o campo como *insider*, permitindo uma visão dos detalhes e da sequência dos eventos observados” (ABID *et al.*, 2013: 1). De acordo com Becker e Geer, observação participante é

um método no qual o observador participa do dia a dia das pessoas que estão sendo estudadas, seja abertamente no papel de pesquisador ou secretamente em algum papel disfarçado, observando como as coisas acontecem, ouvindo o que é dito e questionado pelas pessoas durante um período de tempo. (BECKER & GEER, 1969: 322)

A pesquisa em tela está em desenvolvimento no Mestrado Profissional em Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) desde o ano de 2019. Este texto foi organizado de forma a apresentar algumas questões tratadas na pesquisa de mestrado, estando relacionadas à conceituação da inovação social e do método da Constelação Sistêmica e Familiar, a conexão entre esses conceitos, a forma como o método se desenvolve e é aplicado, sua expansão no Brasil e no mundo, além de apresentar os resultados parciais obtidos pela pesquisa sobre sua utilização no judiciário brasileiro.

2. REFERENCIAIS TEÓRICOS

Schumpeter, economista e influente precursor dos estudos da inovação, em sua obra *Teoria do desenvolvimento econômico* (1997), define inovação como sendo a formação de novos produtos ou serviços, novos processos, matéria-prima, novos mercados e novas organizações. Alguns autores apontam para questões intrínsecas à inovação, na obra de Schumpeter, que deveria

abranger cinco casos ou áreas na perspectiva de criação de novas combinações, a saber:

a) Introdução de um novo bem – refere-se a um novo produto ou serviço ou uma qualidade nova de ambos que ainda ninguém tenha lançado no mercado. A novidade

se caracteriza de forma tal, que leva a firma a implementar atividades de reeducação dos consumidores para se familiarizarem com o novo bem;

b) Introdução de um novo método ou processo de produção – trata-se de uma nova forma de processar a produção ou de comercializar produtos ou serviços que ainda não tenha sido testada ou experimentada por nenhuma organização;

c) Abertura de um novo mercado – ocorre quando a firma cria ou desenvolve um novo mercado, onde ainda nenhuma outra empresa tenha entrado, tendo por base a área de um determinado país em questão, independente se esse mercado tenha existido ou não;

d) Conquista de uma nova fonte de insumos ou de bens semimanufaturados – é a criação ou a obtenção de uma nova origem de fornecimento de matéria-prima para a indústria e relaciona-se com o caso anterior, ou seja, independe se essa fonte tenha sido criada ou existida anteriormente;

e) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria – este caso, em geral, pressupõe a criação de um novo negócio ou de uma nova estrutura de mercado que é caracterizado por certa exclusividade da firma – monopólio – face à posição que poderá ocupar com a nova organização. (LAZZAROTTI *et. al.* 2010: 3-4)

Por sua vez, o Manual de Oslo (2005) complementa as premissas de Schumpeter definindo quatro tipos de inovações: inovações de produto, inovações de processo, inovações organizacionais e inovações de marketing. Essa classificação parece contemplar parte das ideias de Schumpeter, faltando apenas a inovação de fornecimento de insumos. Nesse documento, ainda é esclarecido que inovação:

é a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização local de trabalho ou nas relações externas. (OCDE, 2005: 55)

Em linhas gerais, afirma-se que algumas definições de inovação estão fortemente associadas à tecnologia e, inclusive, por vezes, os termos “inovação” e “tecnologia” são usados como sinônimos (ROGERS, 2003). Entretanto, é necessário distinguir os termos “inovação” de “inovação tecnológica”, assim como é possível conceber diferentes aplicações da inovação, a exemplo da inovação organizacional, inovação social, inovação econômica, inovação tecnológica, inovação estratégica, fundamentalmente levando-se em conta o processo de inovação e as diferentes áreas de atuação de uma organização (FREEMAN, 1982; CANTÚ & ZAPATA, 2006). Especificamente em se tratando da inovação social, área de nosso recorte temático nessa pesquisa, ressalta-se que esta estaria associada a

uma nova solução para um problema social, que é mais eficaz, eficiente, sustentável ou justa do que as soluções existentes, e pela qual o valor criado reverte principalmente para a sociedade como um todo ao invés de indivíduos em particular. (PHILLS JR. *et. al.*, 2008: 36)

Nesta definição, a inovação social é entendida sob um viés sistêmico, ou seja, é voltada para o todo e não apenas para o indivíduo, consideração que também é válida para o entendimento da Constelação Sistêmica e Familiar, por se tratar de um método que analisa não apenas o indivíduo e seu conflito, mas para todo o sistema ao qual está inserido e relacionado. Nesse ínterim, podemos identificar a Constelação Sistêmica e Familiar, atualmente utilizada no

Judiciário, como um método inovador e social, uma vez que traz não somente a solução para o conflito jurídico, mas a sua pacificação, inovando na abordagem do conflito e das pessoas envolvidas, de forma a introduzir o olhar sistêmico e, assim, inclusivo do todo e não apenas do conflito e das partes. Seu benefício é social e não apenas particular, além do fato de que a caracterizamos como um método e não como uma técnica, o que será destacado mais à frente.

Em uma obra seminal sobre a temática, chamada de *As Constelações Familiares* seu autor Bert Hellinger se inspirou no pensamento sistêmico (Gregory Bateson) junto as suas experiências em várias metodologias interdisciplinares – análise do *script* (Eric Berne), terapia do grito primal (Arthur Janov), psicodrama (Jakob Moreno), reconstrução familiar (Virginia Satir), terapia familiar (Ruth McCIenton e Lês Kadis), constelações familiares (Thea Schönfelder), hipnose ericksoniana (Milton Erickson) e programação neurolinguística. O autor ampliou esses trabalhos por meio de uma visão fenomenológica e de observação dos vínculos invisíveis que atuam nos membros pertencentes ao sistema familiar. (CARVALHO, 2018: 17-18).

Dito de outra forma,

o que Bert Hellinger trouxe de novo para o método das Constelações Familiares seria “a maneira dinâmica, breve e instintiva com a qual ele leva o cliente a consultar sua própria experiência. Hellinger foca no essencial e olha para a solução, eis a maestria do seu trabalho. (VIEIRA, 2019: 73).

É relevante destacar que de acordo com Úrsula Franke, a Constelação Sistêmica e Familiar seria

uma forma de terapia breve, orientada pelas soluções. Traz à luz, de forma rápida e precisa, as dinâmicas que ligam o cliente de uma forma disfuncional ao seu sistema de referência, que o limitam em suas possibilidades de ação e desenvolvimento pessoal, impedindo-o de estruturar a sua vida de forma positiva. (FRANKE, 2006: 21)

A pesquisa em desenvolvimento, por sua vez, defende a ideia de que a Constelação Sistêmica e Familiar é para além de uma técnica ou uma filosofia, mas um método inovador e relacionado à inovação social, posto que é capaz de gerar resultados rápidos e humanizados, possibilitando uma melhor e mais eficaz solução e pacificação dos conflitos de toda ordem, especialmente no meio jurídico, conforme se verá adiante. A Constelação Sistêmica e Familiar se baseia em método sistêmico-fenomenológico com viés terapêutico, que tem por escopo conciliar, profunda e definitivamente, as partes, em nível anímico, mediante o conhecimento e a compreensão das causas ocultas geradoras das desavenças, resultando daí paz e equilíbrio para os sistemas envolvidos. Por trazer uma pacificação social, no sentido de que abarca todo o sistema das partes envolvidas no conflito, através de um método novo, fenomenológico, consideramos que a Constelação Sistêmica e Familiar é uma inovação social.

Nesse aspecto, Graça destaca que

as Constelações Familiares conseguem buscar uma solução local para conexões desarmônicas do passado, uma intervenção no tempo presente, objetivando alterar a memória quântica destas conexões e de toda a rede interconectada, as Constelações Familiares, transformam o padrão interacional da rede para um padrão mais harmônico concedendo maior liberação ao membro atual.

[...] a intervenção na prática das Constelações Familiares busca a harmonização das conexões estabelecidas no conflito gerador de tensão permitindo aos sistemas retomar

sua ‘coerência’ para dar continuidade ao movimento contínuo de auto-organização da vida [...]. (GRAÇA, 2015: 98)

A Constelação Sistêmica e Familiar vem se expandindo muito, notadamente no Poder Judiciário brasileiro, de modo a exigir estudos como este que se dediquem sobre sua aplicabilidade, eficiência e resultados, além dos impactos causados na sociedade e, ainda, sobre uma regulamentação legal para sua prática.

3. O MÉTODO DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA E FAMILIAR

A Constelação Sistêmica e Familiar destaca dinâmicas de comportamento ainda pouco analisadas que são existentes nos sistemas familiares ou organizacionais e que geram conflitos e sofrimentos a partir da repetição de padrões comportamentais. Fundamenta-se em leis naturais e arcaicas, assim denominadas por Bert Hellinger (2001) como “Ordens do Amor” – estruturadas em pertencimento, hierarquia e compensação – e atuam nas relações humanas independentemente de as conhecermos ou não.

De acordo com estes preceitos,

o pertencimento ou pertinência significa fazer parte: quando se exclui alguém de um sistema, essa eliminação será sentida por meio de outro membro que irá representar de forma conflituosa aquele que foi afastado. A hierarquia ou ordem diz respeito sobre a precedência no tempo e o lugar de cada um no seu sistema: os sucessores, por exemplo, não devem interferir nas questões daqueles que vieram antes, assim como devem aceitar a autoridade destes sobre eles. A compensação ou equilíbrio, por sua vez, é ter correspondência entre as partes e garantir que a relação de doar e de receber seja proporcional e, assim, assegurar que haja estabilização do sistema. Onde há o que mais doa diante de um que só recebe, cria-se uma relação de débito e produz reações de afastamento. Assim também acontece com aquele que causa um dano a outro, ou seja, tem o dever de reparar. (BERNDT, 2020: 8)

Dessa forma, a Constelação Sistêmica e Familiar atua na expansão da consciência das partes sobre o conflito, ou seja, auxilia a percepção sobre o que existe além do seu conflito, qual a dinâmica familiar ou sistêmica que o originou e o que este envolve como um todo. No campo do Direito é relevante, portanto, ter esse olhar sistêmico, a visão do todo e das partes, o pensamento filosófico e também o método. Trata-se, assim, de uma inovação social, pois sendo de ação fenomenológica, rompe com todos os padrões existentes e introduz um novo olhar que pacifica os conflitos de ordem particular e de cunho social.

Jacob Robert Schneider em *A Prática das Constelações Familiares* (2007), explica como se processa o método de aplicação da Constelação Sistêmica e Familiar, tratada em sua rotina por constelação (sessão, o objeto de intervenção), constelar (ação de), consteladores (os responsáveis pelo método, os terapeutas), constelados (os clientes que procuram pelo método). Primeiramente, o cliente apresenta sua questão ou a necessidade que tem procurado resolver. O “peso” dessa questão sustenta toda a Constelação. Sua formulação e os gestos do cliente que o

acompanham fornecem as primeiras informações importantes. Um retomo adequado do terapeuta ao que se “irradia” do cliente cria, frequentemente, confiança no processo que se segue. A seguir, poucas e breves perguntas do terapeuta delimitam o “campo” da constelação, como os personagens que serão introduzidos na constelação e a dinâmica anímica que parece estar em questão.

De acordo com o autor, pelo menos uma pessoa é colocada no “campo” da constelação; no mais das vezes, duas ou mais, ou tantas quantas pareçam necessárias para desencadear o processo. Também podem ser colocados representantes de entidades abstratas: um sintoma, um sentimento, um segredo, a morte, a guerra, um país ou algo semelhante. No “campo”, os representantes, uma vez posicionados, abrem-se às forças que atuam no campo da constelação e as refletem através de seu movimento corporal, da expressão de seus sentimentos, por palavras, por uma lenta mudança de movimentos livres ou ainda por movimentos conduzidos pelo terapeuta. Esse movimento pode levar, por si mesmo, a uma solução que se apresenta como, por exemplo, um abraço entre uma mãe e uma filha, depois de um longo tempo de resistência mútua ou, então, o terapeuta, a partir de sua imagem interior e do sentimento de conveniência, leva os representantes a um movimento ou muda suas posições, verificando depois as reações deles e as do cliente. O terapeuta pode ainda intervir, solicitando do cliente novas informações: pode fazer com que representantes troquem de lugar, introduzir novos representantes, pedir que sejam pronunciadas determinadas frases que vinculam ou que liberam no sistema, que seja executado um ritual, por exemplo, uma reverência.

Pode compor a constelação numa imagem final de solução, que permite que o cliente se reorienta e tome o lugar que lhe compete no seu sistema de relações. Às vezes, uma constelação precisa ser interrompida se os representantes não conseguem entrar em sintonia, ficam confusos, se o movimento para e faltam informações que os façam progredir ou, ainda, se o cliente não consegue absolutamente acompanhar e sentir a constelação. Quando for necessário e esclarecedor para o cliente e o grupo, abre-se posteriormente espaço para comunicações dos representantes ou para esclarecimentos do terapeuta. A seguir, o terapeuta verifica, por sua própria percepção ou por perguntas diretas, o efeito da constelação sobre o cliente. Quando é necessário, ele complementa a constelação com uma breve intervenção adicional, evocando, por exemplo, imagens que retomam, da maneira mais libertadora possível, algo que ficou oculto na constelação com alguns comandos como: “Feche os olhos, olhe sua mãe e lhe diga”, “Imagine o seu pai e”. Quando a constelação não traz nada de novo para o cliente, pode-se geralmente anulá-la no que toca aos seus efeitos e, com isso, termina no essencial a oferta de

ajuda ao cliente com poucas exceções (uma sessão individual posterior ou outras constelações no grupo, cartas, conversas telefônicas). O verdadeiro processo de solução se mostra, depois da constelação, no comportamento do cliente e nas modificações reais resultantes em seus sistemas de relação e em seu estado físico e mental (SCHNEIDER, 2007: 23-24).

O fundamental é que as pessoas envolvidas podem mostrar de uma forma nova, preferivelmente surpreendendo e convencendo, como os destinos de outras pessoas nas redes de relações importantes para nossa vida atuam sobre nós e sobre nossos problemas e como a percepção de processos, até então geralmente inconscientes, pode colocar em ação as forças de mudança. O terapeuta nada pode planejar. Terapeuta, representantes e cliente, tanto quanto possível sem prévias ideias, intenções, expectativas, medo ou considerações benevolentes, expõem-se a um processo cujo resultado é incerto, buscando uma solução que não se conhece por antecipação. Isso, tanto no livre movimento dos representantes quanto nas ocasiões em que o terapeuta intervém, motivado pelo surgimento de imagens internas ou de hipóteses, ele respeita os efeitos e os acompanha. A escolha das técnicas a serem utilizadas, desde a clara condução pelo terapeuta até a concessão de plena liberdade de movimento aos representantes, releva uma decisão que depende, em última instância, dos efeitos perceptíveis e compreensíveis sobre o cliente. Os efeitos, porém, não são imutáveis. Eles se inserem nos múltiplos processos – onde determinamos e somos determinados – que caracterizam a vida e as relações do cliente. Quando a constelação é bem sucedida, eles colocam novos marcos para uma mudança liberadora.

4. A CONSTELAÇÃO SISTÊMICA E FAMILIAR E SUA EXPANSÃO NO CAMPO DO DIREITO: O DIREITO SISTÊMICO

O método da Constelação Sistêmica e Familiar tornou-se conhecido no meio jurídico especialmente a partir de 2012 por meio do juiz Sami Storch, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), cujo projeto, pioneiro no Brasil e mesmo no mundo, pautava-se na utilização da Constelação Sistêmica em casos judicializados. Isso revelou resultados surpreendentes, com índice de acordos acima de 85%, o que promoveu a sua premiação pelo Conselho Nacional de Justiça como método auxiliar na composição amigável dos conflitos, a exemplo da conciliação e da mediação. Assim, tal prática recebeu no meio jurídico a nomenclatura de Direito Sistêmico. O Direito Sistêmico vem se expandindo largamente no Brasil, seja através da criação de Comissões de Direito Sistêmico nas seções e sub-seções da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), seja nas Varas e Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal e, ainda, pelo Ministério Público através de programas de promoção da paz e justiça social, como por exemplo

o Proevi – Programa de Efetivação dos Vínculos Familiares e Parentais desenvolvido pela Coordenadoria Estadual de Defesa do Direito de Família, das Pessoas com Deficiência e dos Idosos (CFDI) do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG). A justificativa de sua expansão está associada aos muitos benefícios advindos da Constelação Sistêmica e Familiar, como a rápida identificação da origem dos conflitos e o empoderamento das partes envolvidas para alcançar a solução e pacificação não apenas das partes envolvidas no conflito, mas do sistema em que ambas fazem parte.

Existem também os pontos negativos associados ao método, como a exposição de pessoas a profissionais pouco qualificados, haja vista não haver regulamentação da prática como profissão, além da falta de assistência complementar após a sessão, o que às vezes pode desencadear processos depressivos. Especificamente no Direito, há ainda o risco da não aplicação de uma estrutura formada por regras, princípios e jurisprudências em detrimento de um livre convencimento do juiz a partir do que ele observa por meio do método.

A Constelação Sistêmica e Familiar tem se mostrado ser uma tendência mundial.

Em 2000 nos Estados Unidos, o psicólogo e ativista da paz Dan Booth-Cohen, trabalhou com Constelações Sistêmicas aplicadas a prisioneiros que cumpriam longas penas por assassinato, estupro e outros crimes violentos, sendo a maioria de casos em condicional por assassinato ou sentença de morte. O autor relatou esse trabalho no livro *I carry your heart in my heart: family constellations in prison*, (2009), obra que resultou de sua tese de doutorado que materializou a pesquisa com prisioneiros. Na Espanha, em Pamplona, há curso de “Mediación Sistémica em el ámbito jurídico”, coordenado por Charo Cuenca Ruiz, no qual se emprega a mediação e se propõe “um novo olhar para o âmbito jurídico como parte ativa dos sistemas social e familiar, a partir do enfoque da psicologia sistêmica” (VIEIRA, 2019: 239).

O Direito Sistêmico brasileiro, embasado nas Constelações Sistêmicas e Familiares de Bert Hellinger, vem se expandindo cada vez mais como um método de humanização e pacificação de conflitos, sejam estes judicializados ou não. A experiência no Judiciário do Brasil aponta para uma taxa de sucesso na fase conciliatória e baixa recidiva de processos onde o método é aplicado.

Considerando que a grande maioria dos tribunais brasileiros, em alguma instância, como por exemplo em Varas de Família e de Execução Penal, já faz uso da Constelação Sistêmica e Familiar como método conciliador e pacificador de conflitos, podemos dizer que o judiciário brasileiro já é sistêmico. Apenas sete Estados brasileiros ainda não possuem programas de utilização da Constelação Sistêmica e Familiar no Judiciário, sendo eles o Acre, Amazonas, Roraima, Tocantins, Piauí, Sergipe e Espírito Santo. Os demais Estados e o Distrito Federal já utilizam a Constelação Sistêmica e Familiar no Judiciário através de programas, oficinas e projetos de conciliação e mediação.

Conforme se observa do mapa a seguir, disponibilizado por *Anima Mediação Sistêmica*, a maioria dos Estados brasileiros possuem algum programa de aplicação da Constelação Sistêmica e Familiar no campo do Direito:



Imagem 1: Expansão do Direito Sistêmico no Judiciário brasileiro.
Fonte: CHERULI (2017).

Em 2015, o Tribunal de Justiça de Goiás (TJGO) premiou o trabalho *Mediação baseada na técnica de constelação familiar* com o primeiro lugar na categoria *Tribunal Estadual do V Prêmio Conciliar é Legal* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O trabalho da psicóloga Rosângela Montefusco foi realizado com 256 famílias de Goiânia. Em 2016, o tema da Constelação Sistêmica foi incluído na formação de juízes do Tribunal de Justiça de Rondônia (TJRO), por meio da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia (Emeron). Em 2017, o PIDCC, Aracaju/Se, Ano IX, Volume 01 nº 02, p.146-164 Junho/2020 | www.pidcc.com.br

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF) publicou de forma inédita, por meio do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação (NUPEMEC), edital para seleção de consteladores voluntários, com o objetivo de incluir profissionais com esse conhecimento para o atendimento das partes em conflitos nas diversas unidades jurisdicionais. Esta iniciativa faz deste tribunal o pioneiro na institucionalização e formalização da prática de maneira organizada e inclusiva, com processo seletivo formal, a fim de ampliar o projeto que vem trazendo bons resultados. A ideia é que a prática seja estendida a diversas áreas para trazer um atendimento mais humanizado às partes que buscam no Judiciário uma solução para seus conflitos (VIEIRA, 2019: 233 e 237).

Atualmente, segundo informado por Eunice Schlieck, presidente da Comissão Estadual de Direito Sistêmico de Santa Catarina, existem um total de 109 Comissões de Direito Sistêmico da OAB – uma nacional, dezenove estaduais e oitenta e nove municipais –, distribuídas em vinte Estado brasileiros e no Distrito Federal. Ainda não estão presentes apenas nos Estados de Rondônia, Roraima, Amapá, Maranhão, Tocantins e Rio Grande do Norte:

Tabela 1: Distribuição das Comissões de Direito Sistêmico da OAB.

REGIÃO NO BRASIL	Região Sul	Região Sudeste	Região Centro-Oeste	Região Norte	Região Nordeste
NIVEL FEDERAL			01 Comissão Nacional		
NIVEL ESTADUAL	02 Comissões Estaduais	04 Comissões Estaduais	03 Comissões Estaduais	03 Comissões Estaduais	07 Comissões Estaduais
NIVEL MUNICIPAL	29 Comissões em Subseções Municipais	51 Comissões em Subseções Municipais	03 Comissões em Subseções Municipais		06 Comissões em Subseções Municipais

Fonte: SCHLIECK, s/d.

As Comissões de Direito Sistêmico da OAB atuam no desenvolvimento de novas habilidades para o exercício de uma advocacia baseada na Cultura da Paz. Essas Comissões têm também as seguintes atribuições:

I – Assessorar a Diretoria das Seccionais e Subseções da OAB; II – Apresentar e desenvolver técnicas relacionadas à abordagem sistêmica para a solução sustentável de conflitos em todas as áreas jurídicas, seja no âmbito pessoal, no âmbito profissional ou mesmo organizacional; III – Promover Congressos, workshops, seminários, palestras em caráter interdisciplinar, estudos, pareceres e pesquisas; IV – Prestar colaboração, orientar, cooperar e promover intercâmbio com as demais Comissões,

para inserir o pensamento e os princípios sistêmicos e alcançar maior efetividade da Justiça como um todo, minimizando divergências posteriores; V – Buscar um efeito mais profundo na solução das controvérsias, proporcionando uma solução sustentável do conflito e entendimento entre as partes; VI – Envidar esforços para a elaboração de acordos com respeito e verdade, produzidos sem influências e pelas próprias partes, incentivando a autocomposição; VII – Instrumentalizar o(a) Advogado(a) para que saiba lidar com as oficinas de constelações sistêmicas familiares aplicadas pelo judiciário em todo o país, a fim de não ocorrerem prejuízos processuais ao cliente; VIII – Auxiliar o(a) Advogado(a) para que desenvolva a percepção de sua postura diante do conflito e, conseqüentemente, não se implique na questão trazida pelo cliente, ao ponto de levar para o lado pessoal e prejudicar sua saúde, ou se colocar em situação de risco na atuação profissional; IX – Desenvolver ações e criar de redes de apoio que visam o cuidado com o(a) Advogado (a), iniciativas que estão em total consonância com o projeto de prevenção e tratamento de doenças da OAB Federal; X – Promover o autocuidado e o autoconhecimento do(a) Advogado(a); XI – Promover e incentivar todos os órgãos judiciários na inserção e compreensão do pensamento e princípios sistêmicos, com a conseqüente realização de movimentos em prol da cultura da paz; XII – Elaborar uma cartilha com orientações aos(as) Advogados(as) para o uso adequado das técnicas de abordagem sistêmica no exercício da advocacia; XIII – Inovar no exercício da advocacia, incentivando novas possibilidades de atuação e ganhos, sempre respeitando os limites éticos estabelecidos pela OAB. (SCHLIECK, s/d)

Importante destacar que entre as Comissões de Direito Sistêmico não existe hierarquia ou subordinação, posto que são autônomas e independentes. Desta forma, as Comissões das subseções municipais não estão subordinadas ou ligadas às Comissões das seções estaduais e tampouco estas a uma Comissão Nacional. Cada uma possui seu próprio regulamento e autonomia.

5. APLICAÇÃO E RESULTADOS DO DIREITO SISTÊMICO

“O Direito Sistêmico enxerga o conflito como sintoma de um desajuste nas relações entre os envolvidos” (BERNDT, 2020: 5). É necessário, portanto, desenvolver e atuar em condições que produzam a solução e que corresponda às expectativas de todo o sistema envolvido no conflito e não apenas das partes. Como um caminho complementar à prática tradicional do Direito, a solução de problemas e conflitos no Judiciário brasileiro através da Constelação Sistêmica e Familiar, promove um apoio ao processo conciliatório. Assim, ambas as partes se tornam mais objetivas, diretas e aptas à um movimento de conciliação, proporcionando mais força e impulsionamento para que a justiça siga seu caminho ao que lhe compete.

No campo do Direito, a aplicação do método da Constelação Sistêmica e Familiar se dá principalmente em fase pré-processual, onde os profissionais do Direito podem auxiliar seus clientes e jurisdicionados a perceber as dinâmicas ocultas ao conflito e assim ajudar as partes a se colocar na direção de resolver por si mesmas as questões mais profundas que motivam a disputa. Isso ocorre através da ampliação da consciência sobre as dinâmicas que atuam de forma oculta no sistema. O método da Constelação Sistêmica e Familiar favorece que as demandas

relacionais sejam percebidas e isso promove alívio e leveza ao sistema, bem como a resolução de conflitos, uma vez que as partes envolvidas se olham e assumem suas responsabilidades diante do confronto estabelecido.

Já na fase processual, a Constelação normalmente é utilizada no momento da conciliação ou da mediação, antes da audiência de instrução e julgamento. Como não existe uma regulamentação legal para sua utilização no judiciário, cada juiz e cada programa determinam o momento processual de sua aplicação.

Na mediação extrajudicial de conflitos,

o profissional que assume a postura sistêmica atua como um facilitador, verificando o lugar de cada um na mesa de negociação à disposição de cada parte para assumir sua parcela na promoção de um acordo que contemple a paz para todos os envolvidos. O mediador sistêmico enxerga a todos, inclusive os que não estão fisicamente presentes na sessão. (BERNDT, 2020: 11)

Aplica-se também a Constelação para um olhar livre de julgamento, no qual o olhar sistêmico contempla além das partes, pois ele olha para os seus sistemas de origem, percebendo então que cada um carrega comportamentos e atitudes que fazem sentido com suas origens, de forma que a partes possam se desfazer da intenção de estabelecer quem é culpado e quem é a vítima, e de modo a atrair resultados mais humanos e justos para todos. Ainda, a Constelação é utilizada para encontrar os limites nas relações onde ocorre um movimento pela busca do lugar deste profissional. Enquanto prestador de serviço, ele respeita os limites do que pertence a seus clientes e do que é seu. Desta forma, ele se torna muito mais eficiente sem se envolver nas dinâmicas familiares de seus clientes.

Quanto aos resultados de utilização da Constelação Familiar como método inovador no campo do Direito Sistêmico, por meio da observação-participante temos elencado nessa pesquisa algumas primeiras ponderações: no que toca à avaliação dos seus efeitos, isto é dependente principalmente das impressões dos terapeutas, dos informes dos clientes e das recomendações de pessoas que foram beneficiadas pelas constelações. Contudo, pelo que se depreende dos relatos dos clientes, as constelações parecem produzir bons efeitos, sobretudo em relação aos seguintes objetivos: resolver conflitos conjugais e familiares, melhorar comportamentos inadequados de crianças, solucionar problemas na escola, no trabalho e em decisões, resolver conflitos de filhos com os seus pais, encontrar paz familiar e paz na alma, diminuir riscos de suicídio e de acidentes e, de um modo geral, fortalecer a vida em sua energia.

No campo do Direito, já nas primeiras iniciativas do juiz Sami Storch, aplicando o Direito Sistêmico em sua comarca, foi possível observar resultados positivos, assim como a repetição

desses resultados nas ações posteriores em que o método foi aplicado. É notável o aumento de acordos em estágio conciliatório e redução da recidiva.

Os índices de fechamento de acordos foram de 100% em audiências de vara de família onde ambas as partes participaram da vivência de constelações e de 93% quando houve a participação de apenas uma das partes na vivência de constelação. Cinquenta e nove por cento dos envolvidos afirmaram ter percebido a mudança de comportamento do pai/mãe e conseqüentemente uma melhora no relacionamento de ambas as partes. Para 28,9% a mudança foi considerável. Cinquenta e nove por cento afirmaram que a vivência ajudou ou facilitou a obtenção do acordo para conciliação durante a audiência. Para 27%, ajudou consideravelmente. Para 20,9%, ajudou muito. Para 94,5% houve melhora no seu relacionamento com o filho. Melhorou muito para 48,8% e consideravelmente para outras 30,4%. Para 77% a vivência ajudou a melhorar as conversas entre os pais quanto à guarda, visitas, dinheiro e outras decisões em relação ao filho das partes. Para 41%, a ajuda foi considerável; para outros 15,5%, ajudou muito. Para 71% houve melhora no relacionamento com o pai/mãe de seus filhos após a vivência da Constelação Sistêmica e Familiar. Melhorou consideravelmente para 26,8% e muito para 12,2%. Para 76,6% houve melhora no relacionamento do pai/mãe de seu filho com ele(a). Essa melhora foi considerável em 41,5% dos casos e muita para 9,8% dos casos. Cinquenta e cinco por cento afirmaram que desde a vivência de Constelação Sistêmica e Familiar se sentiu mais calmo para tratar do assunto. 45% disseram que diminuíram as mágoas. Trinta e três por cento disseram que ficou mais fácil o diálogo com a outra pessoa; 36% disseram que passaram a respeitar mais a outra pessoa e a compreender suas dificuldades; e 24% disseram que a outra pessoa envolvida passou a lhe respeitar mais. (BERNDT, 2020: 13-15)

O envolvimento do Direito Sistêmico nos processos proporciona finais diferentes para conflitos que, por vezes, tenderiam à caminhos mais tortuosos, mesmo após uma sentença judicial.

É relevante destacar que o uso de Constelações Sistêmicas no judiciário não apresenta nenhum objetivo terapêutico em si, apesar de ficar expresso os reflexos na postura pessoal e familiar que o método desperta nas pessoas. Sendo assim, se trata de uma experiência que corre paralela à prática do exercício em si do direito profissional, ou seja, é um ganho secundário e que não faz parte do processo no judiciário, mas que pode agregar em muito para todas as partes envolvidas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constelação Sistêmica e Familiar se mostra como um método inovador, pois traz um novo olhar para o conflito, para as partes envolvidas e para todo o sistema de relações entre as partes. Esse novo olhar decorre da ampliação de consciência das partes, o que é proporcionado pelo método, que através da representação, revela dinâmicas ocultas do conflito, possibilitando maior compreensão e responsabilização de cada um. Conscientes de sua autorresponsabilidade, as próprias partes encontram a melhor solução do conflito, de forma pacífica, sem a imposição

de uma solução por terceiro, no caso, o juiz. Difere da mediação e da conciliação, porque utiliza-se do olhar sistêmico, a visão do todo, além do conflito em si. Como ambas as partes assumem, reconhecem sua responsabilidade no conflito, tomam uma decisão comum, que beneficia a ambas, de modo que todas ficam satisfeitas, o que evita um conflito futuro por descumprimento do acordado.

Cumpra ainda ressaltar que o método da Constelação Sistêmica e Familiar, desenvolvido pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, surge no meio jurídico como uma ferramenta de pacificação e humanização de conflitos. Por ser algo novo e abrangente, a Constelação Sistêmica e Familiar demanda estudos e regulamentação jurídica para trazer segurança a todos que a ela se submetem. É um método multidisciplinar, aplicável em vários campos, como no direito, na educação, na saúde, nas organizações e empresas, nas relações pessoais, familiares e profissionais. Conforme abordado no estudo supra, proporciona benefícios e também traz riscos quando não observados requisitos como ética e qualificação profissional. Dada a sua expansão no campo do Direito, especialmente no que chama de Direito Sistêmico, o que demonstra a ampliação da credibilidade e força desse método, ressalta-se a relevância da complexidade de sua aplicabilidade, não somente sobre seus efeitos e resultados, como também sobre sua regulamentação legal, o que permite trazer segurança e confiabilidade a todos os seus usuários.

7. REFERÊNCIAS

ABID, Gustavo; HOPPEN, Norberto; HAYASHI, Paulo Junior. Observação participante em estudos de administração da informação no Brasil. In: *Revista de Administração de Empresas*, vol. 53, nº 6, p.604-616, nov./dez. 2013. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75902013000600008.

Acessado em 9 de maio de 2020.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO (AASP). “Constelação Familiar” ajuda humanizar práticas de conciliação no Judiciário. In: *JusBrasil*, 2016. Disponível em <https://aasp.jusbrasil.com.br/noticias/400819029/cnj-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario>. Acessado em 9 de maio de 2020.

BECKER, Howard. S; GEER, Blanche. Participant observation and interviewing: a comparison. In: MCCALL, J. George; SIMMONS, J. Laurie. (ed.) *Issues in participant observation: a text and reader*. Reading: Massachusetts Addison-Wesley, p.322-331, 1969.

BERNDT, Paulo Pimont. *Direito Sistêmico: tudo para começar uma transformação no olhar jurídico*. Florianópolis/SC – Instituto Ipê Roxo, 2020.

BOOTH-COHEN, Dan. *I Carry your Heart in my Heart: Family Constellations in Prison*. Heidelberg: Auer-System-Verlag Carl, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL n° 9.444, de 19 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias. Brasília, 2017. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167164>.

Acessado em 11 de maio de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n° 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acessado em 11 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria GM/MS n° 971, de 3 de maio de 2006*. Dispõe sobre a implantação da Política Nacional de Práticas Integrativas e Complementares em Saúde (PNPIC). Brasília, 2006. Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0971_03_05_2006.html. Acessado em 11 de maio de 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Lei Federal n° 13.105, de 16 de março de 2015*. Dispõe sobre o novo Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acessado em 11 de maio de 2020.

CANTÚ, S. Ortiz., ZAPATA, A. R. Pedrosa. ¿Qué es la gestión de la innovación y la tecnología (ginnt)? In: *Journal of Technology Management & Innovation*, vol. 01, n° 02, p.64-82, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Campeão em conciliações, tribunal é destaque em premiação do CNJ. In: *JusBrasil*, 2015. Disponível em <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/204362506/campeao-em-conciliacoes-tribunal-e-destaque-em-premiacao-do-cnj>. Acessado em 11 de maio de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Constelação Familiar” ajuda humanizar práticas de conciliação no Judiciário. In: *JusBrasil*, 2016. Disponível em <https://aasp.jusbrasil.com.br/noticias/400819029/cnj-constelacao-familiar-ajuda-humanizar-praticas-de-conciliacao-no-judiciario>. Acessado em 16 de maio de 2020.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. *Constelações Familiares na Advocacia Sistêmica*. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

CHERULI, Jaqueline. Direito Sistêmico no Judiciário. In: *Anima Mediação Sistêmica*, 31/08/2017. Acessado em <https://animamediacao.com.br/2017/07/13/direito-sistêmico-no-judiciario-de-mato-grosso/>. Acessado em 08 de maio de 2020.

FRANKE, Ursula. *Quando fecho os olhos vejo você: as constelações familiares no atendimento individual e aconselhamento – um guia para a prática*. Patos de Minas: Atman, 2006, p. 21.

FREEMAN, Christopher. Innovation and long cycles of economic development. In: *Internacional Seminar on Innovation and Development at the Industrial Sector*, Campinas, p.01-13, 1982. Disponível em http://www.globelicsacademy.org/pdf/JoseCassiolato_2.pdf. Acessado em 08 de maio de 2020.

GRAÇA, Marusa Helena da. *Constelações familiares com bonecos e os elos de amor que vinculam aos ancestrais*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele T. *As Constelações Familiares: o reconhecimento das Ordens do Amor*. São Paulo: Cultrix, 2001.

LAZZAROTTI, Fábio; DALFOVO, Michael Samir; HOFFMANN, Valmir Emil. O Quê, Como e Onde da Inovação: Análise da Produção Científica em Administração sob a Perspectiva da Abordagem de Schumpeter. In: *XXVI Simpósio de Gestão da Inovação Tecnológica (ANPAD)*, Vitória, p.01-17. nov. 2010. Disponível em <https://www.anpad.org.br%2Fadmin%2Fpdf%2Fsimposio149.pdf&usg=AOvVaw2-IPKulCvHjKlksnOmphri>. Acessado em 08 de maio de 2020.

MONTEIRO, Alcides. O que é a Inovação Social? Maleabilidade Conceitual e Implicações Práticas. In: *Dados*, Rio de Janeiro, vol. 62, nº 03, p.01-34, 2019. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582019000300201&tlng=pt Acessado em 12 de maio de 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Manual de Oslo: diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação*. 3ª ed. Brasil: Ministério da Ciência e Tecnologia/FINEP, 2005.

PHILLS Jr., James A.; DEIGLMEIER, Kriss; MILLER, Dale T. Rediscovering social innovation”. In: *Stanford Social Innovation Review*, vol. 06, nº 04, p.34-43, 2018.

ROGERS, Everett. M. *Diffusion of innovations*. 5ª ed. New York: Free Press, 2003.

SCHLIECK, Eunice. A expansão das comissões de direito sistêmico no país. In: *Movimento Sistêmico*, s/d. Disponível em <https://www.movimentosistêmico.com/post/a->

[expansão das comissões de direito sistêmico no país.](#)

Acessado em 12 de maio de 2020.

SCHNEIDER, Jacob Robert. *A Prática das Constelações Familiares*: bases e procedimentos. Belo Horizonte: Atman. 2007.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Teoria do desenvolvimento econômico*: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Nova cultural, 1997. [1934]

VIEIRA, Adhara Campos. *A Constelação Sistêmica no Judiciário*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

**O DIREITO EMPRESARIAL E A RELEVÂNCIA DE PREVER EM CONTRATO A
APURAÇÃO DO *GOODWILL* NA DISSOLUÇÃO PARCIAL DE EMPRESA**

**BUSINESS LAW AND THE RELEVANCE OF PROVISION OF GOODWILL IN
CONTRACT IN THE PARTIAL DISSOLUTION OF COMPANIE**

**DERECHO EMPRESARIAL Y RELEVANCIA DE LA DISPOSICIÓN DE BUENA
VOLUNTAD EN CONTRATO EN LA DISOLUCIÓN PARCIAL DE EMPRESA**

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza¹

<https://www.orcid.org/0000-0002-3725-6339>

Sirley Maclaine da Graça²

<https://www.orcid.org/0000-0001-8302-9033>

Ana Lúcia da Silva Campos³

<https://www.orcid.org/0000-0002-3452-7359>

RECEBIDO 13/07/2020

APROVADO 16/07/2020

PUBLICADO 20/07/2020

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

Resumo

¹ Pós-doutora e Doutora em Direito Público (UFBA). Doutora em Educação e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal (UNIDERP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Combate à Corrupção: Prevenção e repressão aos desvios de recursos públicos pela Faculdade Estácio CERS. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa – CNPQ- Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na Contemporaneidade. Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7502386530836336>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3725-6339>. E-mail: patncss@gmail.com.

² Mestre em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduada em Controladoria e Auditoria pela Faculdade de Negócios de Sergipe (2007). Professora da Universidade Federal de Sergipe e Chefe de Divisão de Auditoria do Departamento de Controle Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Membro Titular da Academia Sergipana Ciências Contábeis. Integra o Grupo de Pesquisa – CNPQ- Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na Contemporaneidade Tem experiência na área de Administração, com ênfase em Ciências Contábeis na área Governamental. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2805655845603971>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8302-9033>. E-mail: sirleyprofessora@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Integra o Grupo de Pesquisa – CNPQ- Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na Contemporaneidade. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3770871800804272>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3452-7359>. E-mail: ana_camposantos@yahoo.com.br.

A dissolução parcial da empresa é a ação jurídica que pode acontecer sob diversas formas de motivação, o cálculo e a apuração dos ativos incorpóreos fazem parte desse processo, com situação de sucesso ou insucesso. Neste contexto, este artigo tem por objetivo investigar a relevância do contrato empresarial e contemplar a apuração do *goodwill* na dissolução parcial da empresa. Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica nos sítios eletrônicos de eventos e periódicos do portal da CAPES, Scielo, Google Acadêmico, e demais materiais disponibilizados em meio eletrônico, datados de 2010 a 2020. A abordagem dada as informações coletadas foram qualitativas. Após análise dos resultados, foi possível constatar que a insatisfação com a divisão do *goodwill*, fruto da dissolução parcial da empresa, quando gera processo judicial, onera os valores pagos com o desligamento da sociedade, pois a apuração jurídica de haveres, contempla não só o valor agregado individualmente pelo sócio em retirada, o cálculo em questão do *goodwill* considera o valor do conjunto empresarial como um todo, quase sempre calculado considerando o método Fluxo de Caixa Descontado (FCD), sendo assim, conclui-se que é de suma relevância evidenciar o percentual de cada sócio na apuração dos haveres gerados pelo *goodwill*, quando da elaboração do contrato empresarial, pois há que se evitar os altos custos jurídicos que são gerados com a dissolução da sociedade, seja por qualquer motivação.

Palavras-chave: Ativo Intangível. Avaliação de Empresas. Contrato Empresarial. Direito Empresarial. *Goodwill*.

Abstract

The partial dissolution of the company is the legal action that can take place under various forms of motivation, the calculation and calculation of intangible assets are part of this process, whether successful or unsuccessful. In this context, this article aims to investigate the relevance of the business contract and contemplate the determination of goodwill in the partial dissolution of the company. For this purpose, bibliographic research was used in the websites of events and journals on the CAPES portal, Scielo, Google Scholar, and other materials available in electronic media, dated from 2010 to 2020. The approach given to the information collected was qualitative. After analyzing the results, it was found that the dissatisfaction with the division of goodwill, resulting from the partial dissolution of the company, when it generates a lawsuit, burdens the amounts paid with the dismissal of the company, since the legal investigation of assets, contemplates not only the value added individually by the withdrawing partner, the calculation in question of goodwill considers the value of the business group as a whole, almost always calculated considering the Discounted Cash Flow (FCD) method, therefore, it is concluded that it is extremely important to show the percentage of each partner in determining the assets generated by goodwill, when drafting the business contract, as it is necessary to avoid the high legal costs that are generated with the dissolution of the company, for any reason.

Keywords: Intangible assets. Company Valuation. Business Contract. Business Law. Goodwill.

Resumen

La disolución parcial de la empresa es una acción jurídica que puede ocurrir en diversas formas de motivación, así el cálculo y la verificación de activos hacen parte del proceso, con situaciones de éxito o no. En este contexto, este artículo tiene por objetivo investigar la relevancia del contrato empresarial y considerar la aplicación del goodwill en la disolución parcial de la empresa. Para eso, fue utilizada la investigación bibliográfica encontrada en los sitios electrónicos de eventos y periódicos del portal de CAPES, Scielo, Google Académico y los materiales disponibles en el sistema electrónico, fechados de 2010 a 2020. El abordaje dado a las informaciones fue cualitativo. Después del análisis de los resultados, fue posible constatar que la insatisfacción con la división del goodwill, producto de la disolución parcial de empresa, cuando genera proceso judicial, encarga los valores pagos con la disolución de la sociedad, ya que la averiguación legal de activos, contempla no solamente el valor agregado individualmente por el socio en retirada, el cálculo en relación al goodwill considera el valor del conjunto empresarial como un todo, casi siempre calculado considerando el método Flujo de Caja Descontado (FCD), siendo así, se concluye que es muy importante evidenciar el percentual de cada socio en la averiguación legal de los activos generados por el goodwill, cuando se hace la construcción del contrato empresarial, para que no se tenga altos costos jurídicos que son generados con la disolución de la sociedad, sea cual sea el motivo.

Palabras-clave: Activos intangibles. Evaluación de la empresa. Contrato comercial. Derecho comercial. Goodwill.

1 Introdução

Contempla o Direito Empresarial que com a saída de um dos sócios da empresa sem consenso, há que se realizar a avaliação empresarial e a apuração dos haveres do sócio retirante, quando da instauração do processo judicial, visto que, segundo a Constituição Federal determina no seu art.5º, inciso XX, ninguém é obrigado a associar-se ou permanecer associado a uma empresa, nesse sentido independente do motivo da saída da sociedade, há que se apurar também os ativos intangíveis, dentre esses o *goodwill*.

Tem-se no *goodwill*, uma espécie de modelo organizacional que contempla a valorização da mão-de-obra operária, políticas de relacionamento com os clientes, capacidade de inovação dos produtos, formas diferenciadas de transacionar as mercadorias, propaganda eficaz, respeito ao meio ambiente, responsabilidade social, dentre outros que apta a empresa a adquirir lucro, quando isso não aconteça tem-se a apuração negativa, ou seja, a perda econômica (AQUINO, 2015).

Oportuno comentar, que os ganhos relativos ao *goodwill*, novo paradigma empresarial, não são reconhecidos nas demonstrações contábeis, posto que as normas de contabilidade vedam o registro dos benefícios econômicos gerados internamente, salvo quando a empresa, ou parte dela, é alienada, fato que ocorre com a ação de dissolução parcial de sociedade, que requer a apuração de haveres (SCHMITZ; BERTONCINI, 2016).

Partindo dessa situação, de não aceitação quando da distribuição de valores associados ao cálculo de parcela financeira referente ao *goodwill*, o objetivo deste artigo é investigar a relevância do contrato social contemplar a apuração do *goodwill* na dissolução das empresas. Para tanto, há que se discutir Direito Empresarial, contrato empresarial e sobre como acontece juridicamente a apuração de haveres, gerada com a dissolução parcial da sociedade, há que se caracterizar também o método *goodwill* e discutir sobre a contabilização dos ativos intangíveis à luz do Pronunciamento Técnico CPC 04, editado pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC (2010).

Justifica-se a pesquisa pela notoriedade de pouca publicação na área do Direito Empresarial, que associa o percentual de rateio prévio dos ganhos a título de *goodwill*, entre sócios, quando da elaboração das cláusulas do contrato empresarial. Tem-se no *goodwill* um ativo intangível, de difícil mensuração contábil, mas que devido a atualização do Código Civil em 2015, o sócio que sair da sociedade extrajudicialmente, pode propor judicialmente uma apuração dos seus haveres, como determina essa normativa jurídica no seu art. 600.

Nesse sentido, a pretensão desta pesquisa é dar notoriedade que o *goodwill* quando calculado mediante disputas judiciais, mesmo não aparecendo na contabilidade, este ativo intangível é parte do patrimônio imaterial da empresa e tem seu valor mensurado judicialmente, com a possibilidade de incidência de juros de mora e correção monetária, caso não seja pago no prazo determinado.

Neste quadro de ideais, a problemática que norteou a investigação da pesquisa foi: diante da importância tem o ativo intangível *goodwill* para a capitalização de recursos e valorização da organização, qual a relevância de prever em contrato a apuração do *goodwill* na dissolução das empresas?

2 Direito Empresarial e o Contrato Empresarial

A nomenclatura Direito Empresarial vem do antigo Direito Comercial que ampliou sua área de atuação devido as modernidades das relações comerciais, consiste na ramificação do Direito Privado cujo enfoque está na regulamentação, fomentação e estabilização das práticas empresariais, como falência/recuperação judicial ou extrajudicial de empresas, bem como os títulos de crédito e outras (DINIZ, 2005).

Oportuno comentar, conforme explicações de Diniz (2005), que o Direito Empresarial não disciplina somente os direitos dos empresários, mas sim toda atividade econômica

organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, nesse sentido abrange também os direitos das indústrias, bancos, transportes e seguros.

Tal qual como determina o Código Civil em vigor, art.1º “[...] toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, ou seja, desde que nasce a pessoa já tem direitos garantidos e esses são regidos pelo Direito Empresarial. Também se observa que para o ordenamento jurídico nacional a pessoa tem personalidade, portanto desde que nasce traz consigo aptidão genérica de ser sujeito de direitos, com capacidade, segundo consta em Rodrigues (2011) para adquirir direitos e exercer, por si ou por outrem, atos da vida civil.

Em uma perspectiva subjetiva, a pessoa ou empresário e a empresa são institutos distintos, tanto para a Contabilidade como para o Direito Empresarial, nesse sentido como bem expõe Furtado (2005) o patrimônio da pessoa é parte do universo que constitui o estabelecimento. Sobre o que é uma empresa ou estabelecimento, rege o art. 1.142 do Código Civil, Brasil (2002), se tratar de todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

O estabelecimento existe, mas não é parte das relações jurídicas, pois essas constituem a empresa, sendo assim para a empresa por em práticas suas atividades, há que se envolver em uma série de relações jurídicas, que são parte do patrimônio do empresário (CORRÊA, 2015; OLIVEIRA,2008).

Nesse sentido, toda sociedade empresarial, é uma pessoa jurídica, cujo ciclo de vida se assemelha ao da pessoa física, que tem direitos ao nascer e morrer, ela nasce quando é fundada e termina sua existência quando é extinta juridicamente. Destaca-se a existência de sociedade centenárias, que passam por vários processos de sucessão e se mantêm ativas por várias gerações (CORRÊA, 2015).

O Código Civil de 2002, conceitua empresário no seu art. 966, como “[...] quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (BRASIL, 2002).

O art. 45 do Código Civil, informa que a existência legal das pessoas jurídicas começa a partir da inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Com o registro a sociedade empresária adquire personalidade jurídica e, por isso, ela passa a possuir patrimônio próprio, separado do patrimônio das pessoas físicas que compõem o seu quadro societário. No caso do empresário individual não existe separação entre o patrimônio da empresa e o seu patrimônio pessoal.

Toda sociedade é instituída visando gerar benefícios econômicos aos proprietários e permanecer em atividade por tempo indeterminado. Rege o Direito Empresarial que para realizar suas atividades a empresa faz uso de contratos. Estes contratos firmados pelos empresários respeitam dois princípios, predominando o do consensualismo, no qual uma das partes faz uma proposta, que é aceita pelo outro, para tanto, os envolvidos devem ser maiores de idade e apresentarem capacidade para honrar cada um a sua parte. Também faz parte do contrato o respeito ao princípio da relatividade, que dita que o contrato só tem efeito para fins das partes envolvidas, nesse sentido não cria nenhum direito ou dever para quem não é parte do contrato. Eis que, todo contrato está suscetível de ser invalidado ou ainda dissolvido. Para que aconteça o registro, há a obrigatoriedade do contrato empresarial, para que a sociedade exista de fato (RODRIGUES, 2011).

São requisitos que tornam válido um contrato empresarial:

- (a) capacidade das partes, conforme prevê o artigo 104, inciso I, do Código Civil;
- (b) objeto lícito, possível e determinado ou determinável, conforme prevê o artigo 104, inciso II, do Código Civil;
- (c) forma prescrita ou não defesa em lei, conforme prevê o artigo 104, inciso III, do Código Civil — sendo os três de forma geral; e
- (d) necessidade de consentimento recíproco e/ou acordo de vontade das partes contratantes — este último de ordem especial (BRASIL, 2002).

No entendimento de Correa (2015) e Rodrigues (2011) é no contrato empresarial os empreendedores esclarecem como serão exercidas as atividades diretas e indiretas necessárias a existência da empresa, respeitando os princípios constitucionais e a solidariedade para o centro dos valores primordiais a serem protegidos. Há que se resguardar que o contrato empresarial, pode ou não apresentar relativa posição de igualdade, pois há o uso do poderio do empresário para exercer suas atividades diretas e indiretas no exercício da empresa. Rege a nova ordem jurídica, que os empresários precisam valorizar no âmbito dos seus contratos a valorização do ser humano e a solidariedade, fazendo ser esquecida a ordem onde o patrimônio e a individualidade eram foco do Direito Privado, hoje esta visão está superada.

Portanto, entende-se que na elaboração do contrato da empresa há que evidenciar, cláusulas focadas na apuração dos haveres, evidenciando o percentual a ser pactuado para cada membro da sociedade, no âmbito do seu contrato social. Entende-se que essa é uma solução focada em buscar o envolvimento de todos para que a empresa não seja prejudicada com o montante muito grande de retirada de capital.

Nesse sentido é oportuno, que a empresa pense desde o início da sua instituição no cálculo de goodwill, considerando o que rege o Novo Código Civil.

2.1.1 Dissolução Parcial de Sociedade e a Ação de Apuração de Haveres

Rege o Novo Código de Processo Civil – NCPC (2015), significou a preocupação dos legisladores pela preservação da sistemática das normas processuais, com o propósito de tornar mais funcional a resolução de conflitos. Havia por parte dos operadores do Direito e dos jurisdicionados em todo país muitas queixas associadas a inexistência de dispositivos mais comprometidos com o cumprimento dos direitos constitucionais.

Um dos pontos contemplados pelo NCPC (2015) é a situação baseada na ação de dissolução parcial de uma sociedade, que até então acontecia com base nas jurisprudências existentes, pois os dispositivos disponibilizados pelo Código Cível eram insuficientes, mais complexos e não davam a celeridade mais justa as necessidades sociais.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (2015) a ação de dissolução parcial passou a ser regida por artigos mais específicos, fato que antes aplicava-se as regras associadas a extinção total da empresa. Nesse sentido a retirada de um sócio da sociedade passou a ser contemplada em três situações, com o advento da morte de sócio, conforme consta no art. 1.028, a partir do exercício direito de recesso de sócio, segundo o art. 1.029 ou como descreve o art.1.030 pela exclusão de sócio.

Conforme comentários de Advocacia (2015), Lana (2015) e Silva e Santos (2012) a possibilidade ou não da inclusão do valor relativo ao aviamento no montante dos haveres devidos ao sócio, que opta por seu afastamento da sociedade empresarial, tem a mesma validade gerada quando há a manifestação livre de vontade de constituir e ser parte de uma sociedade empresarial, nesse sentido a pessoa tem a mesma liberdade para entrar e sair da sociedade.

É, portanto, o Código Civil (2015) que rege os direitos do sócio que pretende sair da sociedade que só precisa comunicar previamente sua intenção, sem que lhe seja cobrado qualquer motivo para a intenção manifestada. Não há que se provar nada judicialmente, conforme regimenta o art.1.029 do Código Civil (BRASIL, 2002). Nesse sentido, só há o ingresso em Juízo, quando acontece a insatisfação no rateio dos ganhos da empresa.

Art. 600. A ação pode ser proposta:

I – Pelo espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade;

II – Pelos sucessores, após concluída a partilha do sócio falecido;

III – Pela sociedade, se os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito decorrer do contrato social;

IV – Pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito;
V – Pela sociedade, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial; ou
VI – Pelo sócio excluído.
(BRASIL, 2015, p.125)

A dissolução parcial de sociedade, diz respeito a saída de um sócio, por motivo qualquer que o mesmo assim o decida. Essa resolução foi pensada com o intuito de haver a continuação da empresa e da sociedade, mesmo com a saída do sócio. Acréscimos de Schmitz e Bertoncini (2016), expõem que a pretensão é dar fim ao vínculo societário que existia entre o sócio retirante e os demais sócios e a sociedade. No que diz respeito a ação de apuração de haveres, essa ação jurisdicional foi pensada pelos juristas com o propósito de forçar a sociedade a pagar o que realmente tem direito o sócio que se desliga da sociedade, o que demonstra a eficácia dessa ação condenatória, pois, o que for obtido por exemplo, como cálculo do *goodwill*, deve ser praticado pela empresa.

Bem resumem Schmitz e Bertoncini (2016), que todo conflito gerado na dissolução da sociedade, vem da apuração e do pagamento dos haveres. Quem fica quer pagar menos e quem sai quer receber mais. É de interesse também das partes saber como acontecerá o pagamento e como terá que acontecer o pagamento dos haveres que forem apurados.

Segundo observa Picolo (2012) o sócio mesmo agregando sobrevalor aos bens da sociedade, e do *goodwill*, com a apuração de seus haveres, quando da dissolução da sociedade, esse cálculo é realizado em conjunto, o que gera um valor de mercado maior do que o calculado isoladamente.

As modificações oriundas da Lei 12.973/14, tornou mais fácil entender e aproveitar melhor o *goodwill* ou fundo de empresa termo adotado no meio jurídico.

2.2 Goodwill

Pensar sobre *goodwill* requer uma breve discussão sobre as definições de ativo e suas classificações, bem como os requisitos necessários para o seu efetivo reconhecimento na ótica da ciência contábil.

Na visão de Martins (1972), os ativos podem ser definidos como o resultado econômico que o agente espera obter no futuro, como consequência dos investimentos realizados por ele no passado. Assim, fica evidente que os benefícios se concentram no ganho adquirido pela ação do gestor, e não nos gerados por si mesmo. Lopes (2005) também entende dessa forma, e

acrescenta que existem ainda os ativos também controlados em decorrência de fatos passados. Deste modo, as vantagens econômicas porvir sobrepõem à personalidade jurídica do ativo, desde que a empresa detenha o seu controle.

Iudícibus (2006) informa que os ativos são caracterizados pelos fluxos de caixa advindos dos recursos administrados pela organização, seja de forma direta ou indireta. Martins (2010) chama atenção relatando que o conceito trazido por Iudícibus (2006) é amplo, incluindo não somente o patrimônio que tem substância física, como também os imateriais.

Oportuno registrar que os ativos podem ser agrupados em duas classes: tangíveis e intangíveis. Verifica-se que os ditos ativos tangíveis são encontrados na empresa na forma material, a exemplo de cheques, notas promissórias, estoques de mercadorias, veículos, máquinas, equipamentos, e assim por diante. Deste modo, incorporam valor pela capacidade de serem mensurados, em razão de suas ações percebidas (SANTOS, 2002).

Para Nunes (2003, p.17) os ativos tangíveis “[...] são os bens que serão consumidos no futuro e que contribuirão para a realização de produtos e serviços”. O fato de serem palpáveis, segundo o mesmo autor, facilita a estimativa da vida útil com razoável segurança.

Quanto aos intangíveis, Santos (2002) menciona que embora não tenham uma natureza corpórea possibilitam adicionar valor através das normas, manuais, doutrinas, cultura organizacional, como consequência dos investimentos aplicados em marcas, patentes, serviços de relacionamentos com os clientes, capacidade de inovação, responsabilidade socioambiental, etc.

Marion (1989) explica que a inexistência de elementos constitutivos não implica na comprovação dos ativos intangíveis, pois eles podem agregar valor ao patrimônio da empresa. Sá (2000) acrescenta que o funcionamento eficaz dos bens materiais procede das pessoas que o gerenciam, maximizando os resultados da firma. Bem colocam Hendriksen e Breda (1999), que o simples fato de não ter constituição física não fará com que os intangíveis percam sua qualidade de ativo. O autor defende que as mesmas regras válidas para o reconhecimento dos ativos sejam obedecidas.

De acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 04 (CPC, 2010), um ativo intangível somente deve ser reconhecido se os benefícios econômicos futuros a ele imputado favorecerem a entidade, e que esse ganho seja provável. Além disso, os seus custos devem ser mensurados com confiabilidade, eliminando qualquer subjetividade no método de avaliação.

Segundo o mesmo Pronunciamento, durante o processo de quantificação do intangível devem ser adotadas premissas razoáveis e comprováveis, indicando a melhor estimativa dada

às condições de ordem econômica, objetivando empregar um grau de certeza quanto aos possíveis resultados.

Ademais, o Pronunciamento Técnico CPC 04 (CPC, 2010) define critérios para que um ativo seja identificável: é necessário que ele seja separável da entidade, permitindo ser alienado, licenciado, alugado ou trocado. Outra possibilidade é quando resultar de direitos legais ou contratuais, independentemente de serem desprendidos dos haveres da empresa.

Para Santos (2002), a discussão sobre os ativos incorpóreos surgiu pelo aumento no seu reconhecimento extracontábil, proporcionando uma maior capitalização de mercado para as empresas. O fato de a entidade não reconhecer os ativos intangíveis gerados internamente provoca uma subavaliação no patrimônio da organização.

Contudo, dada a sua mensuração subjetiva, suscita-se incerteza quanto à efetiva realização de prováveis ganhos. No entanto, a complexidade em quantificar um bem intáctil não implica na impossibilidade ou que seja desnecessário avaliá-lo, unicamente torna árdua efetuar comparações entre empreendimentos ao longo do tempo.

Santos (2002) menciona três elementos em que os ativos intangíveis poderiam ser alocados no balanço patrimonial de uma organização, a saber: *competência humana*, que está relacionada com a capacidade dos empregados em criar ativos; *estrutura interna*, corresponde às ações voltadas para ajudar o gestor na hora de tomar decisões, bem como inclui as patentes, marcas, cultura organizacional etc; e *estrutura externa*, atinente à política de relacionamento com os clientes e fornecedores, reputação da empresa, dentre outros.

Todavia, o Pronunciamento Técnico CPC 04 (CPC, 2010) veda o reconhecimento contábil do ágio⁴ derivado pela expectativa de rentabilidade futura gerado internamente, sob o argumento de que não é um recurso identificável, controlado e mensurado com confiabilidade.

Ainda, existem regulações específicas sobre os ativos intangíveis, como a Lei nº 11.638/2007 que insere a contabilidade em padrão internacional e a Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009 (BARROS, 2014).

Hendriksen e Breda (1999) relatam que a inexistência de uso alternativo, a falta de separabilidade e a incerteza de realização tornam os ativos incorpóreos dotados de um nível de insegurança quanto aos retornos vindouros.

Evidencia-se que conforme Barros (2014) desde 2007, com o artigo 179 da Lei nº 6.404/1986, a empresa precisa proteger seus sinais distintivos, entre eles o nome empresarial, a

⁴ Segundo o Pronunciamento Técnico CPC 04 (CPC, 2010), ágio é um ativo que representa benefícios econômicos gerados por outros ativos, que não pode ser identificado individualmente e nem contabilizado separadamente.

marca, a patente, licenças e direitos autorais. Assim, esses bens e direitos são registrados contabilmente pelo valor de custo da aquisição.

Ao citar Fernandes (et al., 2014, p. 89), a autora exemplifica que ao considerar que o registro de certa marca no INPI represente um gasto de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), “entre serviços de criação de logotipo, honorários advocatícios e custas do órgão de proteção da propriedade industrial, o seu reconhecimento contábil poderia seguir o esquema abaixo”.

Como exemplo de ilustração utilizou-se o valor de “Outros bens e direitos” – R\$ 10.000,00

Ativo	Passivo
Caixa /Banco	

a) 10.000 1.200 (C)	Patrimônio líquido
b) 10.000 4.000 (D)	Capital Inicial
_____	10.000 (a)
14.800	10.000 (b)
Imobilizado	
Estações de trabalho	

c) 1.200	
Imobilizado	

Microcomputadores	
d) 4.000	
Intangível	
Marca	
e) 6.000	

Fonte: BARROS apud FERNANDES et. al., 2014, p. 89.

Inegável que as orientações contábeis são de suma relevância para o administrador judicial ao avaliar os ativos intangíveis da empresa falida e ou em recuperação. E, “também será neste momento processual de venda isolada de bens, que os avaliadores poderão realizar o teste do impairment”, que é a comparação do valor justo do ativo intangível com o valor registrado na contabilidade (BARROS, 2014, p. 68).

Dentre os ativos intangíveis não identificáveis e que proporcionam valor de mercado para as empresas está o *goodwill*.

Glautier e Underdown (2001) definem *goodwill* como o somatório das qualidades imateriais que contribui para o sucesso de um negócio, a exemplo da relação duradoura com os credores, habilidade e perícia dos empregados, boa reputação, etc. Martins (2010) declara que os atributos do *goodwill* faz com que a empresa possua uma propensão de lucratividade majorada para o setor no qual atua, em virtude da sinergia de múltiplos ativos impalpáveis e que não são identificáveis isoladamente, conforme exigência do Pronunciamento Técnico CPC 04 (CPC, 2010).

Oportuno citar que o *goodwill* somente será contabilizado nas demonstrações contábeis quando o estabelecimento empresarial for alienado. Neste momento, a adquirente é quem fica responsável pelo registro da diferença entre a contraprestação transferida e os ativos e passivos identificáveis a valor justo, em atendimento ao Pronunciamento Técnico CPC 15 (CPC, 2011), que trata de combinação de negócios.

Para Martins (2010), é a partir da transação de venda que os ativos intangíveis passam a ser avaliados de forma objetiva, como consequência da diferença entre os valores de mercado e contábil. Porém, não implica atestar que o *goodwill* surge no instante da comercialização, mas sim que já existia internamente, muito embora não pudesse ser contabilizado.

Na ótica de Almeida (1997), o *goodwill* pode ser classificado em várias categorias, a saber: *financeiro*, quando a pessoa jurídica tem uma imagem positiva que consegue atrair investidores; *negativo ou badwill*, valor contábil superior à capitalização de mercado; *subjetivo*, espera-se rentabilidade acima do custo de oportunidade; *comprado*, ocasião em que uma firma é adquirida e o valor desembolsado é reservado à conta da empresa compradora.

Além disso, tem o *goodwill comercial*, que se relaciona com a localização do negócio, facilidade de crédito, propaganda eficaz, equipe de colaboradores bem treinados, etc; *industrial*, relativo à facilidade na obtenção de crédito para repor a matéria-prima, cumprimento das

obrigações financeiras no prazo, etc; e, por fim, *político*, decorrente da boa relação com o governo.

De acordo com Ornellas (2000), o *goodwill* pode ser agrupado em duas espécies: adquirido e não adquirido. O primeiro refere-se aos ativos que não podem ser identificados, ou seja, ao ágio. Já o segundo é gerado internamente e contabilizado como despesa incorrida no período, em razão do regime contábil de competência.

Deste modo, o *goodwill* está relacionado com o valor de mercado da corporação que excede ao patrimônio líquido registrado pela contabilidade. Portanto, há um nexo de causalidade que envolve a avaliação de empresa e o *goodwill*.

Para Monobe (1986), a ligação acima referida decorre da expectativa de lucros futuros atribuíveis aos ativos intangíveis não identificáveis e não contabilizados, provocando uma subavaliação no patrimônio empresarial. Assim, o valor residual conferido à localização da firma, capital intelectual, efetividade das propagandas, fluidez financeira, embora não sejam mensurados com acurácia, no momento em que a companhia é vendida passa a ser incorporada toda quantia no *goodwill*.

Cabe mencionar, Carla Eugenia Caldas Barros (2014, p. 68) ao citar o autor Fernandes aduz que as alterações trazidas em 2007, no procedimento contábil originou-se das transformações ocorridos no sistema contábil, em normas de contabilidade norte americanas, bem como no tratamento de ativos intangíveis na constituição patrimonial de entidades empresariais. Diante disso, o *Goodwill* não pode mais ser agrupado em balanços patrimoniais como ativos intangíveis, mas sim, classificá-los de forma separada e dividi-los por classes, ao mesmo tempo que deve “justificar as vidas estimadas de utilidade destes bens intangíveis”.

Destarte, é notável a importância do *goodwill* para os investidores, em especial os acionistas, pois revela a capacidade de prover retorno vindouros, o que impacta diretamente na agregação de valor de mercado para a entidade, tornando-se uma informação valiosa para os diversos usuários.

Neiva (1999) relata que o *goodwill* pertence à empresa como um todo, não existindo como valor segregado de outros ativos. É uma parte inseparável que não pode ser comercializada isoladamente, sendo os retornos econômicos de propriedade dos investidores, a quem interessa aferir sua cotação.

Neste viés, Padovani (2011) menciona que o processo de avaliação das sociedades mercantis vem sendo destaque no meio empresarial, em razão da necessidade de se conhecer o

valor do negócio. Essa informação gerencial dá uma visão global do desempenho do empreendimento, auxiliando os dirigentes no processo de tomada de decisões.

2.2. Método de Calcular o Valor do *Goodwill*: Fluxo de Caixa Descontado (FCD)

Há diversos métodos disponíveis para precificar uma entidade. Contudo, neste trabalho foi abordado apenas o Fluxo de Caixa Descontado (FCD) que, segundo Santos (2002) e Picoletto (2012), é um dos mais usados para se calcular o valor de mercado. Damodaram (2003) ressalta que o FCD é mais indicado para organizações que apresentam fluxos de caixa positivos, os quais podem ser previstos de maneira confiável nos períodos porvir. Trata-se, portanto, de uma abordagem metodológica amplamente empregada por instituições financeiras, empresas de consultoria e demais interessados quando querem analisar a viabilidade dos investimentos.

O FCD parte da proposição largamente acolhida de que o que proporciona valor a uma empresa é a sua propensão em gerar caixa ao longo do tempo. Sendo esses fluxos de ordem positiva, torna-se um indicativo eficaz quanto à disponibilidade de recursos para a entidade e os acionistas. Há duas formas de se mensurar pelo método de FCD, a saber: Fluxo de Caixa Livre para Empresa (FCLE) e Fluxo de Caixa Livre para os Sócios. Esta pesquisa limitou-se apenas em analisar a primeira técnica.

Neste ínterim, Padovani (2011) alega que o FCLE representa o que está disponível para liquidar as obrigações assumidas junto aos credores e sócios, desconsiderando a incidência de juros, amortizações e o desembolso com os dividendos. Tem como ponto de partida o lucro líquido dos tributos ajustado a depreciação do imobilizado e amortização do intangível, feita a dedução dos investimentos suplementares no giro e dispêndios com capital.

A abordagem pelo método de fluxo de caixa livre para empresa é definida matematicamente pela seguinte expressão:

$$VPL = \sum_{t=1}^{\infty} \frac{FCLE}{(1 + WACC)^t}$$

Onde,

O VPL corresponde ao Valor Presente Líquido; o FCLE é o Fluxo de Caixa Livre para a Empresa no período t ; e, o WACC (*Weighted Average Cost of Capital*) representa a taxa de desconto em uma estrutura mista de capital (terceiros e próprio), considerando os custos do patrimônio líquido e das dívidas. Por sua vez, o WACC é definido pela fórmula abaixo:

$$WACC = k_1 * \frac{PO}{PL} + k_2 * \frac{PL}{PO}$$

Sendo o k_1 é o Custo das dívidas (a razão entre os juros e o principal na utilização do passivo oneroso); o PO importa no Passivo Oneroso (empréstimos, financiamentos e debêntures); o PL refere-se ao Patrimônio Líquido; e, o k_2 significa o Custo do capital próprio.

De acordo com Endler (2004), o custo de capital próprio (k_2) é a taxa requerida pelos investidores para realizar um investimento patrimonial na entidade. Caso o efetivo retorno seja inferior à taxa exigida, o acionista exercerá sua opção de investir no mercado financeiro. Damodaram (2003) diz que o método mais prescrito para quantificar o custo do capital próprio é o modelo baseado no risco e retorno, cujo preferido é o *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), dado pela subseqüente equação:

$$E(R_i) = R_f + \beta_{im} * [E(R_m) - R_f]$$

Em que, o $E(R_i)$ corresponde ao Retorno esperado de um certo ativo ou portfólio; o R_f é a Taxa de juros livre de risco; o β_{im} é o Coeficiente beta, que mede a sensibilidade dos retornos do ativo em relação ao mercado, e é definido por: $\beta_{im} = \frac{Cov(R_i, R_m)}{Var(R_m)}$; e, o $E(R_m)$ concerne ao Retorno esperado do mercado.

Ao findar o período de projeção, a entidade, via de regra, não entra em liquidação. Portanto, é crucial estimar os fluxos de caixa que vão além da projeção confiável, a chamada perpetuidade ou valor residual. Neste, são feitas premissas acerca do crescimento de todos os fluxos porvir, os quais são transformados em apenas um, como se fosse gerado no período posterior ao término da projeção. Para encontrar a perpetuidade, usa-se a seguinte fórmula:

$$V_c = \frac{FCLE_p * (1 + g)}{WACC - g}$$

Onde, V_c é o Valor residual ou perpetuidade; o $FCLE_p$, o Fluxo de caixa livre da empresa do último ano de projeção; o WACC refere-se ao Custo médio ponderado de capital; e, g é a Taxa de crescimento da perpetuidade.

Para Damodaram (2003), o valor da entidade é representado pelo somatório do valor presente dos fluxos de caixa com a perpetuidade. Ou seja, ambos devem ser trazidos à valor atual por meio da taxa de desconto (WACC). Matematicamente é expresso:

$$VE = \sum_{n=1}^T \frac{FCLE_n}{(1 + WACC)^n} + \frac{FCLE_p * (1 + g)}{WACC - g}$$

Em que, VE é o Valor da empresa; n, o período do fluxo de caixa; e, t é o número de período da projeção.

Feitas essas considerações, o valor do *goodwill* representa a diferença positiva entre o VE e o patrimônio líquido contábil. Caso essa dissemelhança seja negativa, a empresa terá um *badwill*.

Verifica-se conforme Aquino (2015) é a falta de consenso entre as partes quando da dissolução da sociedade, ou seja, saída do sócio por qualquer motivo que seja, que também ocorre a apuração do *goodwill*, para este mesmo autor, salvo esteja contemplado em contrato, o valor apurado a título de *goodwill*, conforme dita a previsão legal expressa, deve ser pago como rege o disposto no art.1.031, §2º, do Código Civil (BRASIL, 2002).

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário (BRASIL, 2002)

Em se tratando de dissolução da sociedade empresarial, o cálculo do *goodwill* acontece quando não há entendimento sobre os valores tomados no ato da saída da empresa. Juridicamente falando, conforme exposto por Lana (2015), Silva e Santos (2012) e Schmitz e Bertoncini (2016), quando afirmam que há que se buscar evitar conflitos, buscando explicitar ao máximo o que cabe a cada sócio, da mesma fora que fazer uso de estratégias baseadas práticas de gestão, de governança corporativa e de estruturação societária, fomentadoras de satisfação de necessidades e de favorecimento para a existência de boas relações.

3 Metodologia

O método aplicado na realização deste artigo, consistiu na pesquisa bibliográfica em ambiente virtual, considerando como fontes de pesquisa para o desenvolvimento do objetivo principal, que foi investigar a relevância do contrato social contemplar a apuração do *goodwill* na dissolução das empresas, pesquisou-se conteúdos oriundos do banco de dados do CAPES, Scielo, Google Acadêmico, e demais materiais disponibilizados em meio eletrônico, datados de 2010 a 2020.

A pesquisa realizada no banco de dados do CAPES, obteve 1.583 conteúdos associados somente a “Direito Empresarial”, mediante aplicação de filtros considerando o termo “*goodwill*”, nenhum resultado foi relacionado.

A mesma situação e repetiu no banco de dados da Scielo, foram relacionados 29 títulos relacionados a “Direito Empresarial” e 17 com a junção dos termos “*goodwill*” e “Direito Empresarial”.

O Google Acadêmico se mostrou mais extenso com a pesquisa do termo “Direito Empresarial” foram listados aproximadamente 372.000 resultados, com a aplicação dos filtros referentes ao período e o termo “*goodwill*” a relação reduziu para aproximadamente 1.910 conteúdos.

Retirando os títulos repetidos, e acrescentando o termo “contrato”, a lista reduziu para 14 conteúdos. Fazendo uma leitura completa nos títulos e resumos, obteve-se que nenhum dos estudos relacionados em nenhuma das buscas traz o objetivo elaborado para realização deste artigo.

Já a busca realizado em sites específicos de publicação de conteúdo do Direito, que não são periódicos a exemplo de artigos do Portal Jusbrasil e de livro de Direito digitalizado, a busca relacionou, 3 artigos que embora trabalhem a dissolução de sociedade e apuração e a caracterização do *goodwill*, os autores Aquino (2015), Picoletto (2012) e Lana (2015), se referem a importância de planejar e contemplar quando da elaboração do contrato empresarial de relacionar cláusulas referentes a dissolução da sociedade, e o cálculo para apuração do *goodwill*, com o proposto de evitar conflitos judiciais futuros.

Portando, a amostra final do estudo contemplou variados estudos, mas somente 04 contemplam o objetivo geral. Também são considerados estudos anteriores ao período citado, para fundamentar os demais objetivos.

A abordagem dada às informações coletadas foi qualitativa. Diz-se da pesquisa qualitativa que se trata do tipo de pesquisa que tem caráter descritivo daí possibilitar ao pesquisador conhecer para conhecer melhor. Nesse tipo de pesquisa busca-se interpretar um PIDCC, Aracaju/Se, Ano IX, Volume 01 nº 02, p.165-187 Junho/2020 | www.pidcc.com.br

fenômeno ou objeto de estudo, onde o instrumento-chave é o pesquisador, o local do estudo é a fonte direta dos dados (MARCONI e LAKATOS, 2011).

4 Resultados e Discussões Referentes a Relevância de Prever em Contrato o Rateio do Goodwill

Mediante a aplicação da pesquisa bibliográfica em meio virtual, no período de maio, junho e julho do ano de 2020, utilizando os termos “Direito Empresarial, goodwill e contrato empresarial”, foram considerados 03 conteúdos e o fato que o Código Civil (2002) contempla em seu artigo art.1.031, §2, verifica-se, que quando o contrato da empresa também traz cláusulas que estipulam sobre o valor a ser pago quando no cálculo do *goodwill*, em se tratando de dissolução parcial da sociedade, passa a vigorar o que está estipulado no mesmo.

A leitura nos estudos constatou que, no geral a abertura do processo judicial e a ação de apuração de haveres, é a principal consequência quando não existe acordo sobre os valores pagos associados ao *goodwill*. Como pode ser observado neste estudo e nos ensinamentos de Aquino (2015), é citada a falta de consenso entre as partes quando da dissolução da sociedade, ou seja, saída do sócio por qualquer motivo que seja, que gera o processo judicial, que leva a apuração jurídica do *goodwill*.

Para este mesmo autor, salvo esteja contemplado em contrato, o valor apurado a título de goodwill, conforme dita a previsão legal expressa, deve ser pago como rege o disposto no art.1.031, §2º, do Código Civil.

Art. 1.031. Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota, considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.

§2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário (BRASIL, 2002).

Considerando que a dinâmica das sociedades passa constantemente por mudanças, Aquino (2015), em seu estudo atenta para a importância de um contrato social bem estudado e redigido, que reduza a margem para a insegurança, prevendo e planejando os critérios avaliatórios e as ações de apuração de haveres, no caso de uma dissolução societária, qualquer que seja o seu motivo.

Picolo (2012) justifica essa preocupação, pontuando que é a atual dinâmica das sociedades mercantis se apresenta cada vez mais intensa, com mudanças de paradigmas de

mercado, chegada de novos negócios, o fim das sociedades proveniente de relacionamentos antigos de amizade que mediante a competição acirrada dos mercados tornaram-se inimigos mortais, sócios mal intencionados focados em dar golpes e desvios nas empresas, adoecimento mental e morte de sócios e os casos dos empresários que abandonam seus negócios e buscam novos rumos para a sua existência, que favorecem ao desligamento da sociedade com desavenças judiciais.

No entendimento de Picoletto (2012) a que se planejar o contrato social, considerando não só o planejamento sucessório e dos pactos antenupciais do direito de família, tão destacados na realidade jurídica das empresas, há que vislumbrar também contingências para lidar as hipóteses do insucesso do negócio, saída de sócios ou mesmo de contendas entre os demais sócios. A proposta é realizar um estudo aprofundado, contemplando todas essas possibilidades geradoras de insegurança para a empresa, e durante esse planejamento contemplar, prever e planificar critérios avaliatórios e as ações no caso de uma dissolução societária, qualquer que seja o seu motivo sem que venha a ocorrer também ação de apuração de haveres.

Lana (2015) em seu estudo é bem mais efetivo no que diz respeito à apuração do *goodwill*, quando do afastamento de sócio da sociedade e considera ser oportuno, investigar se o sócio tem ou não direito a um *plus* valia em seus haveres, decorrente do seu desempenho na realização das atividades na empresa, mensurar se houve ou não ótimo e exemplar desempenho, favorecendo ao sucesso da empresa no mercado.

Nesse sentido, o estudo de Lana (2015) recomenda tentar esclarecer, via Análise Econômica do Direito e dos fundamentos jurídicos, a possibilidade valorizar monetariamente o empenho em favor do sucesso da sociedade. O estudo fala em divergências criadas com o fim da sociedade, nas opiniões contrárias emanadas por outros sócios no quesito se há ou não real destaque mais dedicação e mais resultados por parte do sócio que está saindo. Nesse sentido, comenta ser importante planejar uma análise jurídica, para investigar o real ganho do *goodwill* do sócio, sem que haja ação judicial, que considera todo o patrimônio intangível da empresa, não somente o gerado pela participação do sócio.

5 Considerações Finais

Este artigo teve como objetivo investigar a relevância do contrato empresarial contemplar a apuração do *goodwill* na dissolução parcial da empresa, obteve-se com o desenvolvimento do estudo que a principal relevância se apresenta na possibilidade que é dada a empresa de se antecipar, quando da elaboração do contrato social e contemplar a regras PIDCC, Aracaju/Se, Ano IX, Volume 01 nº 02, p.165-187 Junho/2020 | www.pidcc.com.br

específicas de rateio quando da apuração do *goodwill* nas situações que se configuram a dissolução das empresas.

Infere-se que, não havendo desentendimentos jurídicos com o desligamento do sócio da sociedade, a empresa evita a saída de altas somas mediante a abertura de processos judiciais motivadores para apuração de haveres, que também contemplam o *goodwill*, considerando a apuração através do método mais adotado pela jurisprudência que é a apuração baseada no fluxo de caixa descontado (FCD). Esse tipo de avaliação leva a empresa a pagar mais ao sócio que se retira da sociedade. Nesse sentido, é salutar que no contrato social da empresa já sejam prescritas cláusulas que tratem da saída dos sócios, determinando quanto caberá a cada sócio no cálculo do *goodwill*.

Diante do exposto, percebe-se o diálogo entre o direito civil e a contabilidade. Sem dúvidas, essa interdisciplinaridade no mundo contemporâneo, no qual é imprescindível a busca do direito pela justiça e pela pacificação dos conflitos, viabiliza que estas áreas se complementem, sirvam de apoio e atribuam segurança jurídica em âmbitos econômico e empresarial.

Referências

ADVOCACIA, Luiz Fernando Pereira. A dissolução da sociedade empresarial: Conforme o Novo Código de Processo Civil de 2015. **Portal Jus Brasil**. 2016. Disponível em: <https://drluizfernandopereira.jusbrasil.com.br/artigos/341928535/a-dissolucao-da-sociedade-empresarial>. Acesso em: 7 jul. 2020.

ALMEIDA, M. G. M. Mensuração e avaliação do ativo: uma revisão conceitual e uma abordagem do *goodwill* e do ativo intelectual. **Caderno de Estudos / Fipecafi**. v. 9, nº16, p.12-14. São Paulo, 1997.

AQUINO, Leonardo Gomes de. **Curso de direito empresarial: teoria da empresa e direito societário**. Brasília: Kiron, 2015.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. **Manual de Direito Empresarial Multifacetado**. 1 ed. Aracaju: PIDCC, 2014. v. 3.

BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. **Pronunciamento Técnico nº 04 (R1), datado 05 de novembro de 2010**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/187_CPC_04_R1_rev%2006.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Comitê de Pronunciamentos Contábeis. **Pronunciamento Técnico nº 15 (R1), datado de 03 de junho de 2011**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: http://static.cpc.mediagroup.com.br/Documentos/235_CPC_15_R1_rev%2006.pdf. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 2 jun. 2020.

CORRÊA, Luiz Antônio Santiago. Contratos empresariais: o regime jurídico de Direito Privado e a constitucionalização do ordenamento jurídico. **REB - Revista de Estudios Brasileños**. v.2, nº 3 p. 44-59, segundo semestre, 2015.

DAMODARAM, A. **Avaliação de investimentos:** ferramentas e técnicas para determinação do valor de qualquer ativo. 5. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ENDLER, Luciana. Avaliação de empresas pelo método de fluxo de caixa descontado e os desvios causados pela utilização de taxas de desconto inadequadas. **Revista ConTexto**. vol. 4, nº 6, 1º semestre. Porto Alegre, 2004. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ConTexto/issue/view/868>. Acesso em: 3 mai. 2020.

FERNANDES, Edison Carlos. *et. al.* **Contabilidade aplicada ao Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. Estabelecimento empresarial. In: NETTO, Domingos Franciulli; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Grandra da Silva (Coord.). **O novo código civil: homenagem ao professor Miguel Reale**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

GLAUTIER, M. W. E.; UNDERDOWN, B. **Accounting theory and practice**. Essex: Prentice Hall, 2001.

HENDRIKSEN, Eldon S. BREDA, Michael F. Van. **Teoria da contabilidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

IUDÍCIBUS, Sérgio. **Teoria da contabilidade**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LANA, Henrique Avelino. O goodwill e análise econômica do direito. E-Civitas - **Revista Científica dos Cursos de Direito e Relações Internacionais do UNIBH**. v.8, nº01, p.01-30, 2015. Disponível em: www.unibh.br/revistas/ecivitas. Acesso em: 5 jul. 2020.

LOPES, Alessandro Broedel. MARTINS, Eliseu. **Teoria da contabilidade:** uma nova abordagem. São Paulo: Atlas, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. ed.6ª. São Paulo: Atlas, 2011.

MARION, José Carlos. **Contabilidade empresarial**. 4. ed. – São Paulo: Atlas, 1989.

MARTINS, Eliseu. **Contribuição à avaliação do ativo intangível**. Trabalho de conclusão do curso de Doutorado em Ciências Contábeis. Universidade de São Paulo: São Paulo, 1972.

MARTINS, Eliseu. ALMEIDA, Diana Lúcia de. MARTINS, Eric Aversari. COSTA, Patrícia de Souza. *Goodwill: uma análise dos conceitos utilizados em trabalhos científicos*. **Revista de Contabilidade & Finanças**. v.21, nº52, Janeiro/Abril: São Paulo, 2010.

MONOBE, Massanori. **Uma contribuição à mensuração do goodwill não adquirido**. Trabalho de conclusão do curso de Doutorado em Ciências Contábeis. Universidade de São Paulo: São Paulo, 1986.

NEIVA, Raimundo Alef. **Valor de mercado das empresas**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 1999.

NUNES, Luana Henrique. **Ativo intangível criado: uma reflexão à luz dos princípios contábeis e da doutrina jurídica**. Trabalho de conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis. Universidade Federal de Santa Catarina: Florianópolis, 2003. Disponível em: <http://tcc.bu.ufsc.br/Contabeis300647>. Acesso em: 6 jun. 2020.

ORNELLAS, Martinho M. Gomes. **Contribuição à formulação de um sistema conceitual e operacional contábil de apuração de haveres em processos judiciais**. Tese de Doutorado em Ciências Contábeis. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. O ativo intangível dos bens imateriais e da organização produtiva da empresa como atributo do estabelecimento empresarial. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Período de 20 a 22 de novembro, Brasília – DF, 2008.

PADOVANI, Ileana Raymundo. MAZIERO, Jéssica Ariádne. VIEIRA, Lorena Barbosa. MEDEIROS, Maria Cristiana de. **Valuation – Avaliação de empresas**. Trabalho de conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis. Centro Universitário Católico Salesiano *Auxilium*: Lins, 2011. Disponível em: <http://www.unisalesiano.edu.br/biblioteca/monografias/53985.pdf>. Acesso em: 27 de jun. 2020.

PICOLO, Guilherme Gouvêa. Goodwill of a trade ou aviamento e o fundo de comércio. **Portal Jusbrasil**. 2012. Disponível em: <https://coad.jusbrasil.com.br/noticias/100015531/goodwill-of-a-trade-ou-aviamento-e-o-fundo-de-comercio>. Acesso em: 27 jul. 2020.

RODRIGUES, Luiz Antônio Barroso. **Direito empresarial**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC. Brasília: CAPES: UAB, 2011. Disponível em: http://www.ead.uepb.edu.br/arquivos/licitacao_livros_admpub/17-direito%20empresarial/direito%20empresarial%20%20LIVRO.pdf. Acesso em: 5 jul. 2020.

SANTOS, Paula Fernanda dos. **O valor econômico das empresas e o método do goodwill**. Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharelado em Ciências Econômicas. Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativa de Presidente Prudente. Presidente Prudente, 2002. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/100/103>. Acesso em: 20 mai. 2020.

SCHMITZ, Leonard Zieseemer; BERTONCINI, Rodrigo Junqueira. A ação de dissolução parcial de sociedades no CPC/2015: aspectos destacados de direito material. **Revista de Direito Privado RDPriv.** v. 17, n. 70, p. 211-236, outubro, 2016.

SÁ, Antônio Lopes de. Ativo intangível e potencialidade de capitais. In **Revista Brasileira de Contabilidade.** Ano XXIX, n.º125. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, set/out. 2000.

SILVA, Bianka Marques da; SANTOS, Nivaldo João dos. Apuração de haveres de sócio: o caso de uma empresa do comércio varejista da grande Florianópolis. **Revista Catarinense da Ciência Contábil.** v. 12, nº 34, p. 53-65, 2012.

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA
CONSTITUTIONAL PRINCIPLES AND DEFENSIVE JURISPRUDENCE
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIA DEFENSIVA

São Paulo, 31 de julho de 2020

Matheus Soubhia Sanches

Bacharel em Direito pela PUC/SP
Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP
Advogado do Sergio Bermudes Advogados
matheussanches@sbadv.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2442-7354>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5902985876125214>

Guilherme Pizzotti Mendes Coletto dos Santos

Bacharel em Direito pela PUC/SP
Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP
Advogado do Sergio Bermudes Advogados
guilhermepizzotti@sbadv.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9840-8351>

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3679949014777131>

Rodrigo Tannuri

Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes - UCAM
LLM. pela Columbia University
Mestrando em Direitos Civil pela PUC/SP
Advogado do Sergio Bermudes Advogados
rodrigotannuri@sbadv.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1593-1129>

LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7302272019398674>

RECEBIDO 02/08/2020

APROVADO 04/08/2020

PUBLICADO 06/08/2020

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

Resumo:

Este escrito se debruçará sobre a chamada “jurisprudência defensiva” no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, fazendo-se um cotejo com princípios constitucionais, como do acesso à

justiça e do devido processo legal. O artigo partirá da conceituação do termo “jurisprudência defensiva”, especialmente de acordo com a doutrina, e de esclarecimentos acerca de sua aplicação durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973. O estudo caminhará para uma análise das diretrizes do atual Código de Processo Civil, ao privilegiar decisões de mérito — sendo este, inclusive, um norte que permeia toda a legislação —, fazendo-se uma comparação o diploma legal anterior, bem como da Constituição Federal. Ao final, far-se-á uma análise crítica de acórdãos recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, trazendo para debate a provocação que intitula este artigo.

Palavras Chave: Jurisprudência Defensiva. Superior Tribunal de Justiça. Constituição Federal. Princípios Constitucionais. Primazia da Decisão de Mérito

Abstract:

This writing will focus on the so-called “defensive jurisprudence” inside Brazilian Superior Court of Justice, comparing with constitutional principles, such as access to justice and due process. The article will start from the conceptualization of the term “defensive jurisprudence”, especially according to the doctrine, and from clarifications about its application during the validity of the Civil Procedure Code of 1973. The study will move towards an analysis of the guidelines of the current Code of Procedure Civil, by privileging decisions on merit - this being, even, a north that permeates all legislation -, comparing with the previous legal diploma, as well as the Federal Constitution. At the end, there will be a critical analysis of recent judgments of the Superior Court of Justice on the subject, bringing to debate the provocation that entitles this article.

Key Words: Defensive Jurisprudence. Brazilian Superior Justice Tribunal. Federal Constitution. Constitutional Principles. Primacy of the Decision on the Merits

Resumen:

Este escrito se centrará en la llamada "jurisprudencia defensiva" dentro de la Corte Superior de Justicia de Brasil, haciendo una comparación con los principios constitucionales, como el acceso a la justicia y el debido proceso. El artículo comenzará a partir de la conceptualización del término "jurisprudencia defensiva", especialmente de acuerdo con la doctrina, y de las aclaraciones sobre su aplicación durante la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1973. El estudio avanzará hacia un análisis de las directrices del Código de Procedimiento Civil actual, al privilegiar las decisiones sobre el mérito, siendo este, incluso, un norte que impregna toda la legislación, haciendo una comparación con el diploma legal anterior, así como con la Constitución Federal. Al final, habrá un análisis crítico de las sentencias recientes de la Corte Superior de Justicia sobre el tema, llevando a debate la provocación que da derecho a este artículo.

Palabras clave: Jurisprudencia defensiva. Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Constitución Federal. Principios constitucionales. Primacía de la Decisión de mérito.

1. INTRODUÇÃO

A utilização desenfreada de formalidades processuais quando do exame de admissibilidade de recursos é um expediente comum adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para inadmiti-los, evitando-se o julgamento do seu mérito e diminuindo-se o acervo dos ministros. Essa prática, extremamente deletéria para o sistema processual brasileiro, e que contraria a Constituição Federal, recebeu a alcunha de *jurisprudência defensiva*.

O objetivo deste artigo é, num primeiro momento, conceituar a *jurisprudência defensiva*, trazendo-se os ensinamentos doutrinários, e iniciar uma análise crítica sobre o tema, especialmente em cotejo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal. Para tanto, é imprescindível verificar como o Superior Tribunal de Justiça se valia da *jurisprudência defensiva* à época da vigência do Código de Processo Civil de 1973, trazendo-se diversos exemplos de inadmissão de recursos com fundamento em filigranas processuais, vícios facilmente sanáveis.

O Código de Processo Civil de 2015, por outro lado, prestigiou o princípio da primazia da decisão de mérito, justamente como forma de combater a *jurisprudência defensiva*. O artigo, portanto, discorrerá sobre os novos mecanismos legais que visam a limitar, ou até mesmo extinguir, tal prática.

Tudo isso para, ao final, se concluir que o Código de Processo Civil de 2015, especificamente no que diz respeito à inibição da *jurisprudência defensiva*, obteve êxito apenas parcial, tendo sido momentaneamente incapaz de nortear a atuação do Superior Tribunal de Justiça.

2. A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O termo *jurisprudência defensiva* pode ser considerado como um expediente, comumente adotado pelos Tribunais Superiores, visando obstaculizar o conhecimento e julgamento de recursos com base em questões meramente formais, ainda que caracterizem filigranas processuais. O extremo apego a formalidades processuais é visto pelas Cortes Superiores como uma espécie de escudo contra os recursos especial e extraordinário, isto é, quase que um contra-ataque dos ministros à excessiva quantidade de recursos que lhes são dirigidos, embora o jurisdicionado tenha o direito constitucional de assim o fazer.

Afunila-se, cada vez mais, o filtro de admissibilidade recursal, como numa tentativa de diminuir o (assoberbado, é verdade) trabalho dos ministros dos Tribunais Superiores, ainda que em violação e detrimento do princípio constitucional do acesso à justiça.

Pedro Miranda de Oliveira defende uma nova conceituação do termo, para que em vez de *jurisprudência defensiva*, passe a ser *jurisprudência ofensiva*, na medida em que essa prática *ofende o princípio da legalidade, ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé, ofende o princípio da cooperação*. O autor continua sua explicação, afirmando que a jurisprudência ofensiva *ofende o bom sendo, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania.*¹.

Em 2018, entidades da advocacia redigiram um manifesto, intitulado como *A advocacia se opõe à jurisprudência defensiva pelos tribunais brasileiros* em protesto à jurisprudência defensiva,² alertando o seguinte:

(...) a jurisprudência defensiva atenta contra o direito fundamental de acesso à jurisdição e ao devido processo legal, e contraria os princípios da primazia do julgamento do mérito e da instrumentalidade do processo, sedimentados no ordenamento jurídico brasileiro e, agora, positivados no novo Código de Processo Civil.

Não se está a defender, evidentemente, a extinção do exame de admissibilidade recursal, ou então que, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça tenha necessariamente que julgar o mérito de todo e qualquer recurso especial que lhe é encaminhado, como se fosse um tribunal de terceira instância. No entanto, o exame de admissibilidade deve

¹ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 950, 2014, p. 115.

² O documento foi aprovado durante o evento *Jurisprudência defensiva: a quem interessa? A oposição da advocacia a essa prática dos tribunais*, O manifesto foi assinado pela AASP, pela seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP), pelo Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), pelo Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA) e pelo Movimento de Defesa da Advocacia (MDA). Na oportunidade, o manifestou elencou cinco *conclusões* no que diz respeito à *jurisprudência defensiva*: (a) a jurisprudência defensiva ofende as garantias constitucionais de acesso à jurisdição e ao devido processo legal; (b) a jurisprudência defensiva ofende o princípio da primazia do julgamento do mérito, positivado no artigo 4º do Código de Processo Civil, e refletido em cerca de duas dezenas de dispositivos desse mesmo diploma; (c) as normas que estabelecem os pressupostos recursais, por serem regras de restrição, devem ser interpretadas restritivamente; (d) o congestionamento dos Tribunais Superiores deve ser resolvido por meio de providências administrativas e de gestão pública; mas, jamais com medidas cerceadoras de direitos fundamentais dos cidadãos; e (e) o acesso ao judiciário e a garantia de julgamento de mérito constitui um pilar do estado democrático de direito, pelo qual a Advocacia sempre lutou e sempre lutará incansavelmente. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-21/entidades-advocacia-opoem-pratica-jurisprudencia-defensiva>, acessado em 22.03.20.

ser realizado com sensatez, ponderação, bom senso, e especialmente levando-se em consideração o princípio da primazia da decisão de mérito. É natural, e inclusive recomendável, que recursos especiais intempestivos, ou então cuja análise demande o reexame de provas³, ou que apresentem fundamentação deficiente/incompreensível⁴, sejam barrados antes da apreciação do mérito. No entanto, não é compreensível, tampouco razoável, que os Tribunais Superiores emprestem tamanha relevância a questões insignificantes, vícios facilmente sanáveis, como forma de obstar o conhecimento dos recursos. São os exemplos de equívocos no preenchimento de guias de preparo, ausência de um dos instrumentos de mandato dentre a cadeia de substabelecimento, dentre outros que serão mais bem abordados no capítulo subsequente.

Para José Carlos Barbosa Moreira, não devem os tribunais exagerar na dose, deixando de conhecer recursos por circunstâncias que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento⁵.

Enfim, não se está a desprezar a importância das regras formais no âmbito do processo civil brasileiro. O que, no entanto, não é admissível é o formalismo excessivo, exacerbado, utilizado especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça para descartar recursos e impedir a correta prestação da atividade jurisdicional aos litigantes. É isso basicamente que representa a jurisprudência defensiva, a supervalorização da forma, chegando-se a um formalismo pernicioso, que impede a prolação da decisão de mérito e, com isso, frustra os escopos do processo civil⁶.

³ Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

⁴ Súmula 284/STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Esse enunciado é aplicado por analogia pelo Superior Tribunal de Justiça aos recursos especiais (AgInt no AREsp 728.833/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.06.16, DJe 09.06.16).

⁵ “A essa luz, o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recursos é atitude correta — e altamente recomendável — toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvoando em motivos de não conhecimento em circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrente dúvidas suscetíveis de suprimento.”

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Restrições Ilegítimas ao conhecimento dos recursos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 386, 2006, p. 155.

⁶ VAUGHN, Gustavo Fávero. *Jurisprudência defensiva e processo incivil*. In: *Entre o Processo Civil e o Processo Incivil*. coord. RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida e BIAZOTTI, Thiago D’áurea Cioffi Santoro. São Paulo: Editora Lualri, 2019, p. 225.

2. PRÁTICAS COMUNS À LUZ DO CPC/73

Conceituada a *jurisprudência defensiva*, para melhor compreender como esse expediente era operacionalizado quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, cumpre exemplificar as formas mais comuns vistas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Por muito tempo, prevaleceu o entendimento de que, no caso de uma parte interpor recurso especial e a parte contrária opor embargos de declaração contra o mesmo acórdão, o recurso especial deveria ser ratificado depois da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração, sob pena de não conhecimento⁷. A reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, levou à edição da Súmula 418, que assim dispunha: “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação” — essa súmula foi posteriormente cancelada pelo Superior Tribunal de Justiça, por manifesta incompatibilidade com o Código de Processo Civil de 2015. Ou seja, ainda que o julgamento dos embargos de declaração em nada alterasse o acórdão recorrido, a *jurisprudência defensiva* exigia do recorrente uma prática totalmente burocrática de protocolar uma petição de poucas linhas ratificando os termos do seu recurso especial outrora interposto.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça igualmente considerava extemporâneo o recurso especial quando interposto antes da publicação do acórdão da apelação, ainda que não opostos embargos de declaração contra o aludido acórdão⁸, o que não faz o menor sentido e atropela qualquer senso mínimo de razoabilidade. A função da publicação do acórdão nos meios oficiais é dar ciência inequívoca às partes do seu teor, estabelecendo o termo inicial do prazo recursal. Se, todavia, a parte decide se antecipar à publicação e espontaneamente se cientifica dos termos do acórdão mediante a interposição de recurso especial, é irracional, e contrário ao princípio da celeridade processual, obstar-se o conhecimento do recurso sob o fundamento de que o acórdão ainda não foi publicado.

Outro caso famoso, que prejudicou muitos litigantes e contribuiu para a propagação da *jurisprudência defensiva*, diz respeito a equívocos, por mais banais que o sejam,

⁷ Vide: AgRg no REsp 1380686/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 25/05/2015; AgRg no AREsp 514.606/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 23/09/2015.

⁸ AgRg no AREsp 714.749/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 20/11/2015.

quando do preenchimento da guia de preparo recursal. No REsp 1.121.715/BA, por exemplo, faltou o “número de referência” (número do processo na origem) na Guia de Recolhimento da União – GRU⁹. No REsp 1.282.248/PR, por outro lado, o recorrente indicou o “Código de Receita” equivocado na guia de preparo do recurso especial¹⁰. Ambos os recursos especiais foram inadmitidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Por sinal, prevalecia o entendimento de que, em qualquer hipótese, o equívoco no preenchimento do código de receita na guia de recolhimento macula a regularidade do preparo recursal¹¹. Vale também mencionar o AgRg no Ag 824.114/SP, em que foi decretada a deserção do recurso especial porque a parte deixou de complementar o recolhimento de R\$ 1,12 (um real e doze centavos).¹²

Há também o caso da incompletude na cadeia de substabelecimento, em que a parte deixa de instruir o recurso especial sem todos os instrumentos de mandato que, ao final, conferiam poderes ao subscritor do recurso. Os recursos especiais interpostos com esse vício não eram conhecidos, sem que o jurisdicionado tivesse a oportunidade de saná-lo, apresentando o(s) instrumento(s) faltante (s)¹³.

Para finalizar o rol de exemplos, vale citar outros dois em que, com base no apego excessivo e incondicional às formalidades processuais, a parte foi penalizada com o não conhecimento de seus recursos em função de deslizos cometidos por funcionários do próprio Poder Judiciário. No REsp 1.601.788/MG, ambas as partes tiveram os seus recursos especiais inadmitidos em razão da ausência de cadeia completa de procurações¹⁴. Ocorre que se tratava de processo físico, de modo que o fato de o processo ter chegado ao Superior Tribunal de Justiça sem todos os instrumentos de mandato se deu em razão da digitalização incorreta feita pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Já no REsp 1.197.811/DF, o Ministro Marco Buzzi entendeu pela sua deserção em razão da ilegibilidade do comprovante de recolhimento das custas processuais. Em

⁹ AgRg no REsp n. 1.121.715/BA, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/3/2012, DJe 10/4/2012.

¹⁰ AgRg no REsp 1282248/PR, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 12/03/2013.

¹¹ AgRg no AREsp 449.265/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 26/03/2014.

¹² AgRg no AREsp 824.114/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJe 18/04/2007.

¹³ Vide: (a) AgInt no AREsp 898.879/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017; e (b) AgInt no AREsp 993.862/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017, ambos julgados sob a égide do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁴ REsp 1.601.788/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, decisão monocrática proferida em 06.06.16.

sede de agravo interno, o recorrente defendeu que a guia de recolhimento do preparo recursal foi juntada de forma legível no processo físico, sendo sua ilegibilidade fruto da digitalização do processo por parte do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, negou provimento ao agravo interno sob o fundamento de que cabia à parte diligenciar para obter certidão, emitida no caso pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, atestando a irregularidade quando da digitalização do documento¹⁵. Ou seja, a parte é refém dos equívocos do cartório judicial.

3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO

Um grande avanço do Código de Processo Civil de 2015, em combate à *jurisprudência defensiva*, foi enaltecer o princípio da primazia por uma decisão de mérito, decorrência direta do princípio constitucional do acesso à justiça. Pela primazia da decisão de mérito, deve se evitar, sempre que possível, que irregularidades formais sanáveis possam colocar fim a um processo, salvaguardando ao jurisdicionado o direito de ver o seu processo encerrado com uma decisão de mérito. Tal princípio está encartado logo nos primeiros dispositivos da lei, mais especificamente no seu art. 4º, ao prever que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Para José Miguel Garcia Medina, o atual Código de Processo Civil evidencia que os requisitos processuais se sujeitam a uma abordagem funcional, superando-se, com isso, o dogma da prioridade dos requisitos processuais. À luz da nova lei processual, se adotou o princípio da *preponderância do exame do mérito*, o que não significa que os requisitos processuais não desempenhem função relevante, mas apenas que eles devem servir à proteção e realização das garantias processuais¹⁶.

Segundo Alexandre Freitas Câmara, por meio do princípio da primazia da decisão de mérito, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para superá-los. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo

¹⁵ AgRg no AREsp 1.197.811/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017.

¹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 5ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 48.

sem resolução do mérito só serão legítimos naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo¹⁷.

O princípio da primazia da decisão de mérito permeia todo o Código de Processo Civil de 2015. Pelo art. 488, o juiz deve decidir o mérito sempre que esse veredicto favorecer a parte que igualmente seria beneficiada com eventual decisão processual, de extinção da lide¹⁸. Ou seja, quando se verificar que a parte sairá vencedora tanto com uma decisão processual como com uma decisão de mérito, a lei processual civil prestigia necessariamente a segunda alternativa, a fim de que o litigante tenha uma resposta do Poder Judiciário que efetivamente decida o mérito da sua controvérsia. Já o art. 317 impõe ao magistrado o dever de conceder à parte a oportunidade de sanar eventuais vícios processuais antes de extinguir o processo¹⁹.

Em comentário a esse último dispositivo legal, os professores Teresa Arruda Alvim, Rogério Licastro Tores de Mello, Leonardo Ferres da Silva e Maria Lúcia Lins da Conceição esclarecem que a extinção do processo ou da fase de conhecimento do procedimento comum sem que o mérito seja examinado, é o mais indesejável dos resultados. Logo, em se tratando de vícios sanáveis, deve se dar às partes todas as oportunidades de corrigi-los, desde que (a) isto seja materialmente possível; e (b) não haja ofensa a princípio constitucional.²⁰

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>, acessado em 22.03.20.

¹⁸ Art. 488. Desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485.

¹⁹ Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

²⁰ “A jurisprudência defensiva e a correção de vícios no âmbito recursal. O Código fulmina a jurisprudência defensiva (empecilhos artificiais criados pelos Tribunais para não apreciarem o mérito dos recursos) com o parágrafo único do artigo 932. Antes dele, o CPC de 1973 tinha um dispositivo assemelhado, o §4º do artigo 514 (‘constatando a ocorrência de nulidade sanável, o Tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível, prosseguirá o julgamento da apelação’). Tal dispositivo, porém, estava inserido no capítulo relativo à apelação e utilizava as expressões ‘nulidade sanável’ e ‘poderá’, permitindo uma interpretação diversa da intenção do legislador. O atual dispositivo, ao contrário, obriga o julgador a facultar ao recorrente o prazo de 5 dias, antes de inadmitir o recurso. Trata-se de um direito do recorrente, e não de uma faculdade do julgador (diz o Código: ‘o relator concederá’). Ademais, é aplicável a todos os recursos, inclusive aos recursos excepcionais. Assim, por exemplo, súmulas como a 115 do STJ (‘na instância especial, é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos’) são incompatíveis com ele (enunciado 83 do FPPC). Conforme enunciado 82 do FPPC, ‘é dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais’.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria

No âmbito recursal, como forma de frear a *jurisprudência defensiva*, o art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil determina que o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, “conceda o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. O legislador se preocupou em evitar ao máximo que vícios sanáveis pudessem ser causa de inadmissão dos recursos, erradicando a cultura enraizada, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de se emprestar uma relevância exagerada e descomedida a filigranas processuais.

Para Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Junior, Eduardo Talamini e Bruno Dantas, tal previsão tem como finalidade afastar “empecilhos artificiais criados pelos Tribunais para não apreciarem o mérito dos recursos”²¹. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que o referido dispositivo legal visa a impedir, de forma abrangente, que questiúnculas processuais sejam utilizadas como justificativa para o não conhecimento de recursos, servindo como lembrete de que, em última análise, toda a estrutura do Judiciário existe para examinar o mérito das decisões que lhe são submetidas²².

Portanto, com fundamento no art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se os recursos especiais mencionados no capítulo anterior tivessem sido interpostos hoje, não poderiam receber inadmissões sumárias, e à parte seria aberta a oportunidade de sanar os vícios processuais, apresentando, por exemplo, o instrumento faltante da cadeia de substabelecimento, ou a guia de recolhimento de preparo corretamente preenchida.

Especificamente em relação ao preparo recursal, o art. 1.007, §7º do Código de Processo Civil indica que “o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias”. Embora a necessidade de prévia intimação do recorrente para sanar o equívoco relativo ao preenchimento da guia de preparo recursal já fosse comando extraível do art. 932, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o legislador preferiu reforçar essa prescrição, com uma norma específica.

O recolhimento insuficiente do preparo também é passível de correção, embora a lei tenha cominado uma penalidade financeira para aquele que incorrer nessa

Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, TORRES DE MELLO, Rogério Licastro, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 596.

²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 1ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2.030/2.031.

²² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, *Código de Processo Civil Comentado*, 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.980/1.981.

irregularidade. Conforme se verifica do art. 1.007, §4º do Código de Processo Civil, “o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção”.

Outra hipótese que escaparia da *jurisprudência defensiva* é o recurso extemporâneo, conforme exemplos mencionados no capítulo antecedente. O § 5º do art. 1.024 do Código de Processo Civil colocou um fim à discussão, dispondo que “se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação”.

Enfim, são diversas as regras específicas elencadas no Código de Processo Civil que, à luz do princípio constitucional do acesso à justiça e da primazia pela decisão de mérito (art. 4º), visam desencorajar a nociva *jurisprudência defensiva*, há tanto institucionalizada nos Tribunais Superiores, em especial no Superior Tribunal de Justiça.

4. É O FIM DA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA?

A análise das disposições do Código de Processo Civil de 2015 produz um inevitável otimismo sobre o fim da *jurisprudência defensiva* do Superior Tribunal de Justiça, mas que, infelizmente, ainda está bem longe de retratar a realidade.

O debate recentemente travado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp 1.813.684/SP é capaz de transformar, com uma única só penada, esse sentimento de otimismo em desilusão. Os ministros tiveram a oportunidade de uniformizar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para decidir se o recurso especial interposto sem a comprovação de ocorrência de feriado local deveria ser considerado imediatamente intempestivo, ou se se trataria de um vício sanável, devendo ser concedido prazo para regularização, nos termos do art. 932 do Código de Processo Civil²³.

Pela leitura do acórdão, a Corte Especial concluiu pela impossibilidade de comprovação ulterior do feriado local, em razão da regra encartada no art. 1.003, §6º, do Código de Processo Civil, de que “o recorrente comprovará a ocorrência de feriado local no ato de

²³ REsp 1.813.684/SP, Rel. p/ acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/10/2019, DJe 18/11/2019.

interposição do recurso”. No entanto, em razão da necessidade de se garantir a segurança jurídica, apenas seriam considerados intempestivos os recursos interpostos após a publicação desse acórdão que uniformizou a jurisprudência.

Se essa solução já não se mostrava adequada, seja pela análise sistemática do Código de Processo Civil, que privilegia o julgamento de mérito e determina a concessão de prazo adicional para que as partes possam sanar eventuais irregularidades processuais, seja porque não há qualquer sanção específica prevista para o não atendimento do art. 1.003, §6º, do Código de Processo Civil a desautorizar a incidência do art. 932 do mesmo diploma legal, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça foi além e limitou ainda mais drasticamente a possibilidade de regularização desse vício processual. Por meio de Questão de Ordem apresentada para discutir a abrangência da modulação de efeitos desse acórdão, que já havia inclusive transitado em julgado, a Corte Especial, por maioria de votos, definiu que a possibilidade de comprovação posterior de feriado local se aplicaria apenas para a segunda-feira de carnaval, mas não para os demais feriados.

Outro exemplo de que a *jurisprudência defensiva* ainda habita no Superior Tribunal de Justiça pode ser visto no recentíssimo julgamento do AgInt nos EDcl no AREsp 1.539.007/RJ, publicado em 13 de março de 2020, ocasião em que a Terceira Turma considerou intempestivo o recurso especial por entender que a cópia do calendário processual “*extraída do sítio eletrônico do Tribunal de origem não é hábil para a comprovação de feriado local e a suspensão dos prazos processuais, sendo, desse modo, inviável a aferição da tempestividade recursal*”²⁴. Ou seja, ainda que a parte tenha diligenciado junto ao site do próprio Tribunal local e obtido um calendário processual para apresentar como prova de que não houve expediente forense em determinadas datas naquela região, o e. Superior Tribunal de Justiça tem considerado que esse documento, repita-se, obtido junto ao próprio Tribunal de Justiça local, não é idôneo.

Já nos autos do AgInt no REsp 1.813.192/AL, publicado em 10 de março de 2020, a Segunda Turma considerou que apenas se admitiria “*a comprovação posterior, em via de agravo interno, quando o recurso especial foi interposto na vigência do CPC/73*”²⁵.

²⁴ AgInt nos EDcl no AREsp 1.539.007/RJ, Min. Relator MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julg. 09.03.20, DJE 13.03.20.

²⁵ AgInt no REsp 1.813.192/AL, Min. Relator FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julg. 03.03.20, DJE 10.03.20.

Portanto, o advento do Código de Processo Civil de 2015, que inequivocamente tem como norte o desapego às formalidades e o encorajamento de decisões de mérito, tem sido utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para finalidade oposta, desvirtuando-se claramente a intenção de legislador. A prática da *jurisprudência defensiva* permanece enraizada nos Tribunais Superiores, estando ainda muito distante de ser completamente extirpada. O Superior Tribunal de Justiça, como forma de driblar os ditames do Código de Processo Civil, apenas sofisticava suas decisões, mas mantém sua fidelidade à *jurisprudência defensiva*.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Restrições Ilegítimas ao conhecimento dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 386, 2006

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>, acessado em 22.03.20.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria, *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado: óbice ao avanço da jurisprudência defensiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 950, 2014

VAUGHN, Gustavo Fávero. *Entre o Processo Civil e o Processo Incivil*. coord. RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida e BIAZOTTIM Thiago D'áurea Cioffi Santoro. São Paulo: Editora Lualri, 2019

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, TORRES DE MELLO, Rogério Licastro, *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

A AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL E UM NOVO CÓDIGO COMERCIAL

THE AUTONOMY OF COMMERCIAL LAW AND A NEW COMMERCIAL CODE

¹Marina Zava de Faria

<http://lattes.cnpq.br/8604979682033155>

<https://orcid.org/0000-0002-7818-5848>

RECEBIDO 02/08/2020

APROVADO 04/08/2020

PUBLICADO 06/08/2020

Editor Responsável: Carla Caldas

Método de Avaliação: Double Blind Review

E-ISSN: 2316-8080

DOI:10.16928

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a autonomia do Direito Comercial, com o intuito de destacar seus aspectos mais relevantes. Sequencialmente, será feita uma confrontação do seu enfraquecimento ao longo do tempo, principalmente em virtude da relativa unificação oriunda do advento do Código Civil de 2002. Desse modo, em desfecho, defenderemos a necessidade da promulgação de um novo Código Comercial o qual deverá ratificar a autonomia do Direito Comercial, além de propiciar a sua evolução e fortalecimento.

Palavras Chaves: Direito Comercial. Autonomia. Novo Código Comercial.

RESUME

This article aims to discuss the autonomy of Commercial Law, in order to highlight its most relevant aspects. Sequentially, there will be a confrontation of its weakening over time, mainly due to the relative unification resulting from the advent of the 2002 Civil Code. autonomy of Commercial Law, in addition to promoting its evolution and strengthening.

Keywords: Commercial Law. Autonomy. New Commercial Code.

INTRODUÇÃO

¹ Professora da Universidade Estadual de Goiás. Doutora em Direito Comercial PUC-SP.

O artigo “autonomia do direito comercial e um novo Código Comercial” tem como objetivo discorrer sobre a autonomia do Direito Comercial desde a origem até a atualidade. Pretende-se por meio do estudo da origem, evolução, finalidade e regras do direito comercial, analisar a autonomia da disciplina ao longo do tempo verificando se ela existe satisfatoriamente nos dias atuais. Em seguida, propõe-se discorrer sobre os impactos da regulamentação do CC/02 para o direito comercial. Por fim, será analisado a necessidade de criação de um Código Comercial autônomo e independente a fim de assegurar a autonomia da disciplina e contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país.

O tema é importante e fundamental em um momento de enfraquecimento do direito comercial na regulamentação da relação especial envolvendo empresa, – principalmente em decorrência da unificação da codificação - assim, como pela discussão de dois projetos de lei tramitando sobre o assunto, um no Senado e outro na Câmara dos Deputados. A fim de justificar a escolha do tema e sua importância discorreremos sobre elementos importantes do trabalho.

1. DIREITO COMERCIAL: ORIGEM E EVOLUÇÃO

A palavra comércio tem sua origem no latim *commutatio mercium*, que significa troca de mercadorias. Nas palavras de Vidaria (1910, p.1) “o comércio é a parte da economia que estuda os fenômenos pelos quais os bens passam das mãos de uma pessoa a outra, ou de um a outro lugar”. No início a troca foi um elemento fundamental para o convívio em sociedade, sendo necessária e cômoda para a satisfação das necessidades de um grupo social.

Entretanto, como a oferta e a procura não eram coincidentes, vários inconvenientes aconteciam, sendo necessária, a criação de uma mercadoria que serviria de padrão para as trocas: a moeda. Assim, em virtude da importância da troca de mercadorias, surgiu uma atividade profissional em volta desta, qual seja: a mercancia. A intermediação para facilitar a troca, aliada ao aumento do valor das mercadorias (lucro), caracterizava a atividade mercantil. Esta atividade remonta os primórdios, sendo o comércio existente desde a Idade Antiga, tendo os fenômenos se destacado no exercício da atividade mercantil.

Já o direito comercial surge em momento posterior. Na Idade Antiga, apesar da presença de leis esparsas para a disciplina do comércio, não existia um regime jurídico sistematizado com regras e princípios próprios. Em Roma, as regras comerciais existentes faziam parte do direito privado comum, ou seja, do *jus privatorum ou jus civile*. É na Idade Média, que com o renascimento das cidades e o fortalecimento do comércio marítimo que

apontam como o surgimento do direito comercial. Essas regras, naquele momento, devido à descentralização do poder, eram consideradas “direitos locais”.

Devido à efervescência da atividade mercantil que se observava a classe burguesa, os chamados mercadores, precisaram se organizar e construir um próprio direito, a ser aplicado aos conflitos existentes. Assim, as regras de direito comercial vão surgindo, da própria necessidade e dinâmica da atividade negocial. Surgem em virtude das exigências do fenômeno comercial. (VALERI, 1950, p.3). O desenvolvimento da atividade comercial trouxe a tona, a insuficiência do direito civil para disciplinar os novos fatos jurídicos que se apresentavam.

A primeira fase do direito comercial é marcada por usos e costumes mercantis, e na ausência do Estado na sua elaboração. Por meio das corporações de ofício as regras eram criadas pelos mercadores e para os mercadores. As regras – *ius mercatorum*- eram aplicadas a todos os mercadores vinculados a uma corporação de ofício, bastando que uma das partes de determinada relação fosse comerciante, em detrimento dos demais direitos aplicados e que a questão também fosse ligada ao exercício do comércio. Alguns institutos do direito comercial remontam deste período, como os títulos de crédito, sociedades, contratos mercantis e bancos (FORGIONI, 2012, p.13).

O direito comercial, atento aos anseios da classe em ascensão provocou uma grande mudança na doutrina contratualista cristalizada no direito romano. Segundo Ramos (2011, p. 3) “Em Roma, os ideais de segurança e estabilidade da classe dominante “prenderam” o contrato, atrelando-o ao instituto da propriedade”. Assim o contrato era apenas o meio pelo qual se adquiria ou se transferia uma coisa. A concepção estática do direito romano baseada na propriedade imobiliária e cheia de obstáculos para circulação perde espaço para o princípio da liberdade na forma de celebração dos contratos. Surge então um direito específico, peculiar a uma determinada classe social e disciplinador da nova realidade econômica que emergia.

No Brasil tal sistema predominou durante o século XVIII e a primeira metade do século XIX, na medida em que as normas editadas em tais períodos se referiam aos homens de negócios, seus privilégios e sua falência. (TOMAZETTE, 2014, p.8).

Em um segundo momento, com a formação dos Estados Nacionais, as corporações de ofício vão perdendo o monopólio da jurisdição mercantil, à medida que, os Estados reivindicam e chamam para si o monopólio da jurisdição, consagrando a liberdade e igualdade no exercício das artes e ofícios. Assim é que, em 1804 e 1808, respectivamente, são editados, na França, o Código Civil e o Código Comercial. O direito comercial passa a ser um sistema jurídico estatal.

A Codificação Napoleônica divide o direito privado: de um lado o direito civil e de outro o direito comercial. Segundo Ramos (2011, p. 4):

O Código Civil Napoleônico era fundamentalmente, um corpo de leis que atendia os interesses na nobreza fundiária, pois estava centrado no direito da propriedade. Já o Código Comercial encarnava o espírito da burguesia comercial e industrial valorizando a riqueza mobiliária.

Tendo as disciplinas diferenças e necessidades marcantes, foi feita a codificação do direito privado em dois Códigos, o Código Civil e o Código Comercial. Assim coube ao direito civil a regulamentação das relações privadas gerais, e ao direito comercial as relações jurídicas especiais, aquela destinada a regular as atividades mercantis. Esse momento é fundamental para o desenvolvimento do Direito Comercial. **A reunião de normas comerciais em um diploma próprio permitiu o desenvolvimento da matéria e a sua desvinculação das amarras próprias do conservadorismo civilista.**

Assim, tornou-se necessário a criação de um critério que delimitasse a incidência de cada um desses ramos. Para tanto, a doutrina francesa criou a teoria dos atos de comércio, que tinha como uma de suas funções essenciais a de atribuir, a quem praticasse os denominados “atos de comércio”, a qualidade de comerciante, o que era pressuposto para a aplicação do Código Comercial. Assim o direito comercial regularia, portanto as relações jurídicas que envolvessem a prática de alguns atos definidos em lei como atos de comércio.

A definição de atos de comércio era tarefa atribuída ao legislador, o qual optou por descrever suas características básicas ou por enumerar, num *rol* de condutas típicas, que atos seriam considerados de mercancia. A doutrina criticava o sistema francês afirmando que nunca se conseguiu definir satisfatoriamente os atos de comércio. Nesta época do direito comercial era conceituado por Vivante (2006, p.7) como sendo “a parte do direito privado que têm principalmente por objeto regular as relações jurídicas que nascem do exercício do comércio”.

No Brasil, o Código Comercial de 1850, adotou a teoria francesa dos atos de comércio, por influência da codificação napoleônica, e promulgou o Regulamento 727 com as atividades que eram consideradas “atos de comércio”. Embora Carvalho de Mendonça tentasse conceituar cientificamente os atos de comércio, não se conseguiu estabelecer um critério unitário aos atos de comércio. Barreto Filho (1999, p. 299), compartilhando a orientação daqueles que criticam o sistema objetivo, afirma que:

Se compete à lei, e, última análise, a definição de comerciante, ou de ato de comércio, e, por conseguintes, da matéria do comércio, conclui-se de modo irresistível que o Direito Mercantil é antes uma categoria legislativa, do que uma categoria lógica.

É de se notar que as críticas se referem ao critério definidor do âmbito de incidência entre Código Civil e Comercial, sendo que a teoria dos atos de comércio definitivamente não

funcionava. Embora, poucas eram as críticas referentes à dupla codificação referente às disciplinas de direito privado.

Com a visão ultrapassada da teoria dos atos de comércio e a necessidade econômica que impulsionou o direito comercial, sobretudo após a Revolução Industrial, várias atividades econômicas relevantes surgiram, e muitas delas não estavam compreendidas no conceito de ato de comércio. E então, mesmo, antes da derrogação do Código Comercial a teoria dos atos do comércio foi sendo abandonada, como por exemplo, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locação predial urbana e reforma do registro mercantil (COELHO, 2014, p. 41).

Inaugurando a terceira fase do direito comercial é publicado na Itália o Código Civil de 1942, trazendo um novo sistema delimitador: a teoria da empresa. Embora o Código Civil italiano não tenha definido empresa, o jurista Alberto Asquini, analisando as empresas na Itália trouxe os perfis: subjetivo, funcional, objetivo e corporativo. Ainda, o *codex* italiano optou por promover a unificação formal do direito privado, disciplinando as relações civis e comerciais num único diploma legislativo. Assim, em princípio qualquer atividade econômica, desde que seja exercida empresarialmente, está submetida às regras do direito comercial.

Inspirado no *Codice Civile* italiano, o novo Código Civil brasileiro derogou grande parte do Código Comercial de 1850, mantendo apenas a segunda parte relativa ao comércio marítimo, na busca da unificação, ainda que formal do direito privado. O empresário nos termos do artigo 966 passou a ser aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Nos termos do Ministro João Otávio de Noronha:

2. O novo Código Civil Brasileiro, em que pese não ter definido expressamente a figura da empresa, conceituou no art. 966 o empresário como "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços" e, ao assim proceder, propiciou ao intérprete inferir o conceito jurídico de empresa como sendo "o exercício organizado ou profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". 3. Por exercício profissional da atividade econômica, elemento que integra o núcleo do conceito de empresa, há que se entender a exploração de atividade com finalidade lucrativa. (...) (STJ, REsp 623.367/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 09.08.2004, p, 245)

Assim, se persiste a divisão material do direito privado, contrapondo regimes jurídicos distintos para a disciplina das relações civis e empresariais, continua a existir, em consequência, a necessidade de se estabelecer um critério que delimite o âmbito de incidência do direito comercial e esse critério foi justamente a teoria da empresa.

A justificativa da inclusão de parte da matéria mercantil no novo Código Civil, situação inédita no ordenamento jurídico nacional, deve-se exclusivamente a tentativa, sem sucesso, do engessamento do Direito Comercial, como forma de minimizar a crise e prestigiar o Direito Civil (a grande crise da mercantilização do direito civil, no século XX), tudo a partir da unificação das obrigações civis e mercantis, como previsto na Lei 10.406/2002.

Importante - para pleno conhecimento da dinâmica do estudo da unificação das obrigações - compreender que o legislador brasileiro, por razões variadas, copiou, embora com diferenças estruturais, daí a não fidelidade, o modelo do Código Civil italiano, inserindo, a nosso juízo, indevidamente, a matéria dos títulos de crédito e do direito da empresa e demais institutos mercantis conexos no Código Civil, representando, assim, ao invés de um avanço, verdadeiro prejuízo ao direito comercial.

Data vênia aos ilustres membros da Comissão Revisora e Elaboradora, mas o novo Código Civil, copiando o modelo do Código Civil italiano, de 1942, avançou na matéria mercantil, de forma precária e equivocada, revogando parcialmente o Código Comercial Imperial, de 1850.

Hoje, conceitua-se o direito comercial como o conjunto de regras e princípios jurídicos que regem a organização das empresas e as relações entre empresas no âmbito do mercado. Segundo Forgioni (2012, p. 17) o direito comercial constitui o complexo de normas que regulam a organização e o exercício profissional de uma atividade intermediária dirigida à satisfação das necessidades do mercado em geral e conseqüentemente os atos singulares nos quais essa atividade se concretiza. Nesse sentido, conclui-se que o direito comercial é o direito que regula a atividade empresarial e todos os atos que normalmente são praticados no exercício dessa atividade. O direito comercial é gênero que comporta várias espécies, como o direito marítimo, o direito cambial, o direito dos contratos, o direito das sociedades e o próprio direito de empresa.

O direito comercial em vista do âmbito de atuação é marcado pelo fragmentarismo, em decorrência da própria diversidade das situações abrangidas. Segundo Bulgarelli (1999, p. 21) o direito comercial se classifica:

Teoria geral do direito comercial: a parte geral do direito comercial, sua conceituação, sua delimitação. Direito das empresas e das sociedades: abrangendo o estudo do empresário individual ou coletivo. Direito industrial: estudo do estabelecimento comercial e a propriedade industrial. Direito cambiário ou cartular: estuda os títulos de crédito. Direito das obrigações mercantis: compreende o estudo dos contratos mercantis. Direito Falimentar: abrangeria o estudo das falências e da recuperação de empresas. Direito de Navegação: abrangeria o estudo do transporte por ar ou água.

Essa classificação demonstra a diversidade e especificidade de temas referente ao direito comercial e sua importância para o desenvolvimento econômico e social do país. Hoje

a matéria da disciplina está “esparramada” entre Código Comercial de 1850, Código Civil e Leis especiais, tais como a Lei de Falência, Lei do Cheque, Lei da Sociedade Anônima. Não podemos, também, olvidar dos princípios essenciais da disciplina como: liberdade de iniciativa, liberdade de competição e função social da empresa.

A partir das observações feitas, tentamos estabelecer em resumo, as bases históricas da afirmação do direito comercial, sua finalidade, e sua consagração como ramo jurídico independente e autônomo. Analisemos, agora, a autonomia do direito comercial.

2. AUTONOMIA DO DIREITO COMERCIAL

A autonomia de uma disciplina é a liberdade que goza determinado ramo do Direito em poder orientar-se por princípios próprios, com característica de direito especial. A independência e a autonomia do direito comercial, como regime especial, decorrem do fato da disciplina possuir características, institutos e princípios próprios, elementos presentes desde o seu nascimento até hoje. Nesse sentido, não restam dúvidas que as atividades econômicas desenvolvidas no mercado possuem características muito específicas.

Ocorre que, com a unificação formal do direito privado a doutrina passou a discutir, com certa ênfase, a tese de unificação do direito privado, a qual partia, fundamentalmente, da idéia de que a separação entre o direito civil e o direito comercial não passava de um mero fenômeno histórico já superado, ligado sobre tudo ao surgimento e desenvolvimento do capitalismo.

Acreditamos, definitivamente que o processo de unificação legislativa do direito privado, não acarretou a perda da autonomia do direito comercial, inclusive em razão da autonomia garantida pela CF em artigo 22, inciso I. **Embora, pareça que talvez tenha propiciado um enfraquecimento e retrocesso da disciplina, como se pretende analisar no trabalho.**

Bem, o direito privado é o ramo do direito que disciplina relações pautadas por uma igualdade jurídica. Por ser espécie de direito intuitiva, é tão antigo quanto à vida em sociedade, pois sem ele a convivência entre o indivíduo seria impossível. O direito privado se desenvolveu predominantemente durante o Império Romano, no qual se formaram os seus principais institutos, existentes até hoje. Nessa fase não se pode dizer que havia dicotomia do direito privado, uma vez que apenas na Idade Média começa a se desenvolver o chamado direito

comercial. Assim era o direito privado sinônimo de direito civil, o que gera a afirmação de que o direito civil é o direito privado geral ou comum (BEVILAQUA, 2015, p. 75).

Foi na Idade Média, com a imigração do campo, desenvolvimento do comércio marítimo e intensificação de troca e produção industrial, que surgiu a necessidade de regras especiais. Assim, começa aparecer no direito privado, normas especiais que formam o direito comercial, chamado, por isso, direito privado especial, em contraposição do direito civil, direito privado geral. (TOMAZETTI, 2014, p. 24).

A fim de definir o âmbito do direito civil, Bevilaqua (2015, p.75), afirma que ele é o “complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família, em face dos bens considerados em seu valor de uso”. Do outro lado, o direito comercial teria um objeto mais específico e se voltaria à disciplina das relações jurídicas decorrentes do exercício de uma atividade econômica com determinadas características, a empresa.

A unidade da vida econômica moderna não permite uma disciplina única, por isso há a dicotomia direito civil e direito comercial. Há uma oposição entre os atos de conservação ou gozo dos bens e os atos de produção e de circulação, vale dizer, deve haver um tratamento distinto entre os bens tratados como objeto de propriedade ou de consumo e os bens empregados em um processo produtivo. O direito civil é um direito da produção e do consumo de bens no seu valor de uso, já o direito comercial disciplina a circulação de bens.

Como examina se, o direito comercial surgiu de uma necessidade histórica, a necessidade dos comerciantes, de regular uma atividade especial. Esse direito se desenvolveu profundamente do modo que seus institutos passaram a ser utilizados não apenas pelos comerciantes, mas também por outros cidadãos. Segundo Tomazetti (2014, p. 25) essa intromissão da matéria mercantil no dia a dia das pessoas põe em xeque sua própria autonomia em face do direito civil, o que se torna mais atual no Brasil com o advento do Código Civil de 2002, que no Livro II da Parte especial trata do chamado direito de empresa. Essa insegurança tem preocupado os estudiosos.

A autonomia dos ramos do direito pode ser encarada sob dois aspectos: a autonomia formal ou legislativa e autonomia substancial ou jurídica. A autonomia formal ou legislativa existe quando há um corpo próprio de normas destacado no direito comum. Assim, o direito comercial possuiria autonomia se houvesse um Código próprio. Podemos afirmar que com o advento do Código Civil de 2002, que autonomia formal do direito comercial diminui drasticamente, mas não que deixou de existir completamente, pois ainda existe uma parte do Código Comercial que continua em vigor.

A autonomia substancial, por sua vez, se refere ao conteúdo da disciplina, se possui institutos e princípios específicos. O tema é objeto de grandes embates tanto pela doutrina nacional e estrangeira. Um momento marcante na controvérsia sobre a autonomia do direito comercial foi à aula inaugural proferida por Cesare Vivante na Universidade de Bolonha em 1892. O maior comercialista moderno atacou a divisão do direito privado, afirmando que não se justificava um tratamento autônomo do direito mercantil. Vivante, no entanto, não insistiu nessas críticas à autonomia do direito comercial; em 1919, após ser nomeado presidente da comissão de reforma da legislação comercial da Itália, abandonou a tese de unificação e elaborou um projeto de Código Comercial específico (COELHO, 2014, p. 31). No Brasil, expoentes como Teixeira de Freitas, Inglez de Souza, Orozimbo Nonato, Philomeno José da Costa também defendiam a unificação direito civil e direito comercial.

Dentre os autores que se manifestaram contrários a autonomia do direito comercial destacamos o posicionamento de Cesare Vivante e Philomeno José da Costa. Vivante sustentava, em um primeiro momento, que na vida moderna há certa uniformidade nas obrigações, o que não justificaria dois tratamentos diversos. Alegava que a divisão do direito privado era perniciosa ao progresso da ciência, dada a própria dificuldade da definição da matéria mercantil e por fim que a existência de dois códigos dificultaria a aplicação, quando existissem disposições em ambos sobre o mesmo instituto (VIVANTE, 2006, p. 18).

Philomeno José da Costa também negava a autonomia do direito comercial. Afirmava que o direito comercial desapareceu em decorrência do processo histórico; que os costumes, o cunho progressista e o caráter internacional não justificava a sua autonomia, e por fim alegava que há uma unidade na vida econômica não havendo motivos para um tratamento peculiar ao direito comercial (COSTA, 1956). O mesmo autor afirmava que a redução do direito comercial ao direito empresarial não daria uma solidez suficiente para o reconhecimento de uma eventual autonomia deste ramo do Direito. Gladston Mamede, por sua vez, assevera que com o Código Civil houve a unificação das matérias (MAMEDE, 2014, p.33).

Apesar dos posicionamentos, a autonomia do direito comercial é defendida em caráter majoritário. O próprio Vivante se retratou e reconheceu a autonomia do Direito Comercial. Reconheceu, em primeiro lugar, pois o método do direito comercial é indutivo, prevalecendo o estudo empírico de fenômenos técnicos, afirmando, ainda a tendência de criação de um único mercado mundial, em substituição a mercados locais. Em seguida, afirmou que a regulamentação dos negócios à distância, dos negócios em massa e a disciplina dos títulos de

crédito só poderiam ser feitas dentro do direito comercial, à medida que o direito civil não seria suficiente para tutelar os interesses do jogo.

Rocco, afirmava que não teria qualquer influência, a dificuldade de definição dos limites entre o direito comercial e o direito civil, e que o problema dos limites seria uma constante dentro do direito. Também não influiria na autonomia do direito comercial a questão das deficiências técnicas, na medida em que estas não decorreriam da dualidade do direito privado. Afirma que (2003, p.77):

a autonomia do direito comercial mesmo a luz da vida econômica moderna, asseverando que a atividade comercial reclama do direito uma maior simplicidade de formas e uma maior eficácia do crédito. O alargamento do direito comercial assim, apenas que as exigências do direito comercial se estenderam a outras relações econômicas, sem que isso afetasse a autonomia do direito comercial.

No Brasil, Oscar Barreto Filho defendeu a autonomia do direito mercantil em função da especialidade do fenômeno econômico regulado. Waldírio Bulgarelli também defendeu a autonomia, invocando a existência de institutos peculiares a vida comercial, os quais não podem ser regidos pelo direito comum. Segundo Coelho (2014, p. 44):

A autonomia do direito comercial não é comprometida nem pela unificação legislativa do direito privado, nem pela teoria da empresa, encontra-se nos currículos dos cursos jurídicos das faculdades italianas. Já se passaram 60 anos da unificação legislativa e da adoção da teoria da empresa na Itália, e o direito comercial continua sendo tratado lá como disciplina autônoma, com professores e literatura especializados.

O direito mercantil é autônomo uma vez que as características peculiares ao direito civil não atendem as necessidades de uma atividade tão peculiar. Segundo Renault (1910, p. 3) são motivos para a necessidade desta distinção:

há instituições públicas ou privadas que são típicas do comércio, como as bolsas, os bancos e os armazéns gerais; as operações comerciais se realizam em massa envolvem grandes valores com frequência; e a importância no cumprimento das obrigações.

Não compromete a autonomia da disciplina a adoção, no direito privado brasileiro, da teoria da empresa. Como visto, a bipartição dos regimes jurídicos disciplinadores de atividades econômicas não deixam de existir, quando se adota o critério da empresarialidade para circunscrever os contornos do âmbito de incidência do direito comercial. Aliás, a teoria da empresa não importa nem mesmo a unificação legislativa do direito privado.

O direito comercial repousa basicamente em três pilares: a rapidez; a segurança e o crédito. Em função disso, não se pode negar a autonomia do direito comercial, com suas características e princípios próprios.

Apesar de toda afirmação e fundamentação do direito comercial, percebemos que principalmente decorrente do advento do Código Civil uma perda gradativa desta autonomia e

retrocesso para a disciplina, e com isso uma necessidade de mudança eminente. E é justamente aqui que se justifica esse trabalho. Segundo Cordeiro *apud* Malcher Filho (2015, p. 79):

Tem se afirmado que as experiências unitárias suíça e italiano não conduziram nos respectivos espaços, ao desaparecimento do direito comercial. Não é rigorosamente exato. É verdade que a um tipo de problemática ligada à vida dos negócios – portanto: situações jurídicas nuclearmente empresariais, muito mais restritas do que o tradicional direito comercial -, um tanto à semelhança do atual Merchant Law anglo saxônico, adquire um tratamento em conjunto sob o título “Direito Comercial”. **Porém, os clássicos desenvolvimentos jurídicos comerciais, patentes em qualquer manual alemão, francês ou português perderam-se.** O manual típico italiano ocupa-se da empresa, das sociedades, das marcas e dos contratos comerciais, ignorando as muitas centenas de páginas que, antes de 1942, eram dedicadas aos comerciantes e aos atos de comércio. **O direito comercial mantém-se – até por osmose com as experiências vizinhas e por evidente peso de tradição – mas é qualitativa e quantitativamente diferente: mais fraco, menos coeso e mais sujeito a fracionar se em múltiplas disciplinas autônomas.** (grifo nosso)

Reiterando os dizeres do autor português: “o direito comercial mantém-se, mas é qualitativa e quantitativamente diferente: mais fraco, menos coeso e mais sujeito a fracionar se em múltiplas disciplinas autônomas.” O que outrora era forte como rocha, ante uma dupla codificação, perdeu lugar, com a unificação da legislação, para um emaranhado de leis esparsas juntamente com dúvidas e questionamentos.

No ambiente acadêmico e de estudos poucas diferenciações são feitas em relação ao direito civil e direito comercial, inclusive com muitos alunos, professores e advogados defendendo esse posicionamento. A legislação também caminha no intuito de desprezar essa diferenciação, sendo hoje poucos institutos de fato que são aplicados especificamente ao direito comercial. Nesse sentido ressalta Coelho (2014, p. 42):

No direito brasileiro vigente hoje, no Brasil, são duas as importantes conseqüências da configuração de certa atividade econômica como sujeita ao direito comercial: de um lado, a execução judicial concursal do patrimônio do empresário por meio de procedimento próprio, isto é, a falência, e, de outro, a possibilidade de requerer a recuperação judicial da empresa ou a homologação de recuperação extrajudicial. Nenhuma outra distinção de relevo, quanto ao regramento de suas relações com os demais particulares, separa hoje os empresários e os exercentes de atividades civis. Claro que há, pontualmente, algumas outras diferenças de tratamento, a exemplo das chamadas obrigações comuns aos empresários (escrituração, levantamento de balanços), ou a da prova do vínculo contratual e do efetivo cumprimento das obrigações como requisito para o protesto por indicações de duplicata de prestação de serviços, condição existente para a duplicata mercantil. **Mas de qualquer forma, em termos gerais, ao contrário do que se verificava no passado, sob a égide da teoria dos atos de comércio, é cada vez mais dispensável discernir a natureza civil ou empresarial do exercente de atividade econômica, para aplica o direito em vigor no Brasil.** (grifo nosso)

O conservadorismo do direito civil tem influenciado negativamente o direito comercial, o que nos leva a crer que a unificação da disciplina em um único diploma representou um retrocesso para o direito comercial. Mesmo com a afirmação da autonomia do direito

comercial, demonstrada ao longo deste projeto, as incertezas e insegurança sobre essa autonomia tem preocupado os juristas. **Percebemos que a real autonomia e liberdade do direito comercial está em xeque.**

O direito comercial tem seus próprios princípios, que fundamentam axiologicamente as regras centrais deste ramo jurídico. Mas por razões várias, inclusive a revogação, desde 2002, da primeira parte do Código Comercial, não estão sendo prestigiados em diversas decisões judiciais, implicando graves riscos à segurança jurídica. A enunciação, na ordem positivada, dos princípios do direito comercial apresenta-se, assim, como uma medida necessária ao aumento da segurança jurídica. A alegada falta da "devida aplicação" é, em parte, consequência da necessidade de harmonizar e ajustar o direito empresarial aos novos tempos (WAISBERG, 2015).

A configuração atual do direito positivo, não confere a devida importância à indispensável distinção que deve existir no tratamento jurídico das atividades econômicas empresariais, reclamando urgentemente alteração. Segundo Vivante (2006, p. 75):

Antes de iniciar a obra, a comissão não deixou de examinar a oportunidade de fundir, em um código único, o civil e o comercial. Mas o estado de maturidade dos dois ramos é extremamente diverso, a diferente velocidade com que se elabora o conteúdo destes dois códigos provavelmente oporá sempre um grande obstáculo à unificação. (grifo nosso)

Continua o autor dizendo:

A diferença de método nas codificações civis e mercantis, a disciplina dos títulos de crédito, os negócios celebrados em massa e, sobretudo a índole cosmopolita do comércio e do direito comercial, convenceram-me da inconveniência da unificação que acarretaria “grave prejuízo ao progresso do direito comercial. (grifo nosso)

Em outras palavras, a inserção de parte da matéria comercial no Código Civil restou absolutamente pífia, porquanto a um só tempo não unificou o direito privado e não revogou o Código Comercial de 1850, deixando fora do novo diploma outros institutos mercantis, com exceção da fraca teoria geral dos títulos de crédito e do desatualizado direito societário (direito da empresa) e nem tampouco retirou a autonomia substancial, acadêmica e formal ou legislativa do direito comercial. Em verdade, a reforma como ocorrida, especificamente no direito mercantil, não se justificou; ao revés, trouxe maior complicação didática ao estudo do direito comercial. Conclui-se que legislativamente falando, não foi interessante e produtivo, inserir o direito comercial no Código Civil, ainda que parcialmente, como ocorreu com a chegada do CC/2002.

A pretensa unificação legislativa do direito privado trouxe graves problemas para o direito comercial, pois os contratos cíveis e mercantis passaram a ter uma mesma “teoria geral” ignorando-se a enorme distinção que existe entre estes; as

normas gerais sobre os títulos de crédito estão em descompasso com as leis existentes, notadamente a Lei Uniforme de Genebra que resta incorporada há décadas ao nosso sistema jurídico; a sociedade limitada antes submetida à flexível e enxuto arcabouço normativo, tornou-se a figura societária burocrática e engessada; institutos jurídicos receberam confuso tratamento e atécnico gerando dificuldades interpretativas que promovem a insegurança jurídica, conforme ocorre com a difícil distinção prática entre as sociedades simples e as empresárias; velhos costumes jurídicos consagrados na praxe forense, como a desnecessidade de outorga conjugal para o aval de pessoa casada, e a possibilidade de contratação de sociedade entre os cônjuges independentemente do regime de bens, foram injustificadamente alterados; novas figuras já conhecidas pelo direito estrangeiro perderam a chance de serem adotadas, como a sociedade limitada unipessoal e o empresário individual de responsabilidade limitada (recentemente, a EIRELI – empresa individual de responsabilidade limitada que acabou de ser incorporada ao Código Civil de 2002 pela Lei 12.441/2011). (grifo nosso)

3. CODIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL

Propõe-se a defender a necessidade de edição de um novo Código Comercial, sólido, moderno, eficiente e afinado com as melhores práticas internacionais. Acreditamos que uma nova regulamentação contribuirá para a consagração da autonomia do direito comercial, o desenvolvimento do direito comercial, a segurança para os negócios e o desenvolvimento econômico e social do país

Nesse sentido, existem dois projetos de lei de um novo Código Comercial tramitando, um no Senado, PL 487/2003 e na Câmara dos Deputados, PL 1572/2011 o que reflete a percepção da urgência na reforma do tema. Os projetos são tentativas de tirar o direito comercial das “trevas”, de dar segurança e efetividade e a oportunidade de se reafirmar a autonomia da disciplina.

A discussão sobre um tema tão relevante é, sem dúvida, salutar e mostra claramente que esse ramo do direito voltou a ocupar o destaque e atenção profissional e acadêmica que sua relevância sempre mereceu (WAISBERG, p.1).

Vários são os argumentos que justificam a necessidade de um novo instrumento para direito comercial, sendo uma delas a garantia de sua autonomia e todos os seus reflexos. Segundo Malcher Filho (2015, p. 73):

Percebe-se assim que a necessidade ou não de um novo Código Comercial a importância ou não do anteprojeto passa pela discussão quanto ao problema da autonomia ou unificação do direito privado, ou seja, se deve haver ou não a dicotomia. A autonomia do direito comercial deve ser preservada, ou seja, ela existe e nunca deixou de existir pelo simples fato do legislador ter optado por trazer para dentro do

Código Civil atual o direito de empresa e matérias afins. Entretanto, este fato trouxe dúvida quanto essa autonomia, causando nítida confusão entre os operadores do direito, sendo necessária a sistematização das normas de direito comercial. **Por isso precisamos de um novo Código Comercial para manter a autonomia do direito privado fora do alcance de qualquer dúvida. (grifo nosso)**

Importante frisar que entendemos que a autonomia do direito comercial existe e nunca deixou de existir pelo simples fato do legislador ter optado por trazer para dentro do Código Civil atual o direito de empresa e matérias afins. Entretanto, nota-se que este fato trouxe dúvida e enfraquecimento quanto essa autonomia, causando nítida confusão entre os operadores do direito, sendo necessária uma nova sistematização das normas de direito comercial. Assim, se torna imprescindível a edição de **um novo Código Comercial** que venha sistematizar, numa única lei, todas as matérias que se relacionem direta ou indiretamente a este ramo do direito, - embora, por óbvio, devem ser mantidas outras leis esparsas fora do seu âmbito dada à especificidade de cada negócio - a fim de **manter a autonomia do direito comercial fora do alcance de qualquer dúvida.** Segue alguns motivos para tal posicionamento.

Em outros termos, se é correta a assertiva contida no art. 3.º da LINDB de que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, a reunião normativa em um único diploma é dever imperioso de um país que pretende fomentar o desenvolvimento econômico e facilitar a compreensão das suas leis para aqueles que decidem se projetar nos campos do comércio, para que estes possam ter a real compreensão e extensão das regras que regulamentam a sua atividade.

A codificação decorre da necessidade de se reunir, em uma única norma, ainda que de vasta extensão, princípios e regras ou formas de solução. Os códigos formam um conjunto metódico, sistemático e harmônico de normas sobre determinado ponto do direito, facilitando o entendimento e o manejo dos institutos jurídicos, além de proporcionar a indispensável segurança jurídica. Contribuindo para o agrupamento, ordenando as fontes e princípios do direito, os códigos auxiliam na evolução e na boa aplicação do Direito.

O direito comercial usa do método indutivo, sendo que conclui-se as regras com base nos fatos. Por sua vez o direito civil utiliza o método dedutivo. Duas ciências com métodos diferentes deveriam ser alocadas em códigos diferentes. Além do método próprio, o direito comercial possui princípios próprios. Segundo Barreto Filho: “o direito mercantil é dotado de princípios próprios que decorrem de exigências econômicas. Nesse sentido podemos destacar o conceito de propriedade, circulação, e a necessidade de regulamentação uniforme dos negócios característicos da economia de massa, bem como à uniformização internacional das técnicas negociais. Por sua vez, o direito civil é cunhado em princípios formais e rígidos. Os

princípios da celeridade, simplicidade e ausência de formas, são incompatíveis com o direito civil. Ressalta-se que o estado de maturidade dos dois ramos é extremamente diverso.

A existência de codificações civis e comerciais separadas é fundamental para a preservação dos dados ontológicos que, ao direito comercial, conferem a sua autonomia.

Requião (2014, p. 31) reconhece características próprias no direito mercantil, quais sejam o cosmopolitismo, o individualismo, a informalidade o fragmentarismo e a proteção ao crédito. As mesmas não estão presentes no direito civil.

A simplicidade das formas é inerente ao direito comercial, tanto na formação quanto na extinção das relações jurídicas. Ora, a velocidade das relações econômicas modernas não permite que o conservadorismo do direito civil esteja presente nas relações de massa. É necessária uma disciplina mais célere aos negócios. Percebe-se essa característica, na representação de mercadorias por títulos, e a conseqüente circulação deste. Também, na prevalência da vontade na formação de relações, como nas sociedades.

O primeiro e último fim do direito comercial é o lucro, sendo a onerosidade essencial. O empresário age movido pelo lucro e a atividade empresarial é marcada pela objetivação do lucro, não sendo concebida na atividade empresarial a gratuidade. Sobre esta característica comenta Requião (2015, p. 153): “a onerosidade é a regra, e ela se presume. No Direito Civil a gratuidade é a constante, em muitos contratos, a começar pelo mandato. O *mutuum*, no direito romano, era contrato entre amigo, passando a ser oneroso com o desenvolvimento do comércio”.

O crédito é elemento essencial para o exercício da atividade comercial e serve como máquina para o crescimento, e como tal deve ser protegido. Todo empresário necessita de crédito e trabalha com operações de crédito. Podemos elencar como mecanismos tipicamente comercialistas para a proteção ao crédito: a inoponibilidade de exceções pessoais nos títulos de crédito, o processo de execução que visa satisfazer a obrigação de forma rápida, a possibilidade de decretação da falência devido à impontualidade injustificada.

O cosmopolitismo ou internacionalismo do direito comercial se destina à regular relações que não se prendem a uma nação, pelo contrário, dizem respeito a todo o mundo, sobretudo com a globalização. O direito civil, por sua vez representa as concepções de vida de uma sociedade determinada, estando sujeito aos influxos históricos de cada nação. Assim as normas comerciais devem se atentar em relação aos mecanismos internacionais. O cosmopolitismo do direito comercial se reflete no grande número de tratados que disciplina a matéria mercantil, como a Lei Uniforme de Genebra.

O direito comercial é uma área especializada do conhecimento jurídico. Sua autonomia como disciplina curricular ou campo de atuação profissional específico, decorre dos conhecimentos extrajurídicos que professores e advogados devem buscar quando o elegem como atuação. Exige-se do comercialista não só dominar conceitos básicos de economia, administração de empresas, finanças e contabilidade, como principalmente compreender as necessidades próprias do empresário e a natureza de elemento de custo que o direito muitas vezes assume para este (COELHO, 2014, p. 37).

A unificação do direito privado, na forma realizada, importa desnecessária litigiosidade para a prévia discussão da natureza civil ou mercantil do foro, na definição de prazos, ritos processuais e regras de competência. Causa, ainda, insegurança decorrente da dificuldade na definição de sujeitos civis e sujeitos empresariais, podendo uma pessoa que pensava exercer atividade civil, ser surpreendida com a declaração de sua falência. Gera dificuldades na diferenciação e aplicação de regras do direito comercial, atua negativamente na evolução do processo científico e por fim enfraquece a autonomia do direito comercial.

Ante este profuso cenário legal e regulamentar, a edição de um *novel* Código Comercial, sem adentrar ao mérito das matérias por ele tratadas e também sem um juízo de valor sobre a necessidade de alteração das normas atualmente vigentes, nos parece salutar. Isso porque o ordenamento jurídico deve ter, na sua essência, o predicado de se mostrar coerente e coeso para aqueles que se submetem às suas regras, qualidade que se mostra difícil de ser verificada com a abundância de normas que, por vezes, afiguram-se complexas de serem compreendidas até por aqueles que são treinados nas cadeiras jurídicas.

Na verdade, a legislação empresarial brasileira reclama imediata modernização como medida destinada a melhorar o ambiente de negócios, atrair investimentos, reduzir custos, ampliar a competitividade e baratear os preços dos produtos e serviços. Os temas devem ser repensados como objetivo de ajustar a disciplina jurídica em vigor às necessidades da dinâmica economia brasileira da atualidade.

É necessário reconhecer a inviabilidade da unificação, com a retirada da matéria mercantil do Código Civil, deixando o direito comercial livre das amarras burocráticas do direito civil. Segundo Waisberg (2015):

Em nossa opinião, a resposta só pode ser uma: a criação do novo Código Comercial é útil e auxiliará sobremaneira o direito a dar respaldo à economia neste momento de desenvolvimento econômico. Um novo código irá modernizar, sistematizar, harmonizar e ajustar a legislação empresarial

CONCLUSÃO

Concluindo, tem-se que, a inserção de parte da matéria comercial no CC/2002, revela-se, aparentemente pernicioso, sendo um verdadeiro equívoco legislativo e absolutamente prejudicial ao direito comercial, por força de suas características e princípios de ausência de forma, celeridade dos negócios e acompanhamento do mundo econômico, além de sua natureza internacional, cujo engessamento legal certamente dificulta a harmonização ou unificação dos institutos mercantis, justamente no limiar deste século - cujo momento está a exigir maior integração econômica entre as nações e fortalecimento das relações internacionais de comércio.

A unificação está, ainda, em descompasso com a tendência mundial de alteração de antigos códigos generalistas e imprecisos em pequenas leis ou codificações especializadas e mais eficazes.

Reitera se que a autonomia de um determinado ramo do Direito consiste na liberdade que este goza em poder orientar-se por princípios próprios, com característica de direito especial. Assim, a real autonomia do comercial é fundamental e imprescindível para a regulamentação da atividade empresarial e a única forma de garantir essa plena autonomia é por meio de um novo código especializado e eficiente.

REFERÊNCIAS

ARNOLDI, Paulo Roberto. *Direito Comercial: autonomia ou unificação*. São Paulo: Jolovi, 1989.

ASCARELLI, Tullio. *Ensaio e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1952.

BARRETO FILHO, Oscar. *A dignidade do direito mercantil*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 2, nº 6, p.295-305, set/dez 1999.

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. São Paulo: Editora Servanda, 2015.

BULGARELLI, Waldírio. *A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1985.

CAVALLI, Cassio. *Direito Comercial: passado, presente e futuro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, v. I. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. *Novas reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Fabio Ulhoa; LIMA, Tiago Asfor Rocha; NUNES, Marcelo Guedes. *Reflexões sobre o Projeto de Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Philomeno J da. *Autonomia do direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

ECCO, Umberto. *Como fazer uma tese*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1977.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições do Direito Comercial*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1954.

FORGIONI, Paula. *A evolução do Direito Comercial Brasileiro – da mercancia ao mercado*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do Trabalho Científico*, 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. *Direito Empresarial Brasileiro – Empresa e atuação empresarial*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, v. I. São Paulo: Bookseller, 2000.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz Ramos. *Direito Empresarial Esquematizado*. São Paulo: Editora Método, 2011.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, v.I, 34ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

VALERI, Giuseppe. *Manuale di diritto privato*. Firenze: Casa Editrice Dottore Carlo Cya, 1950, v. I.

VIVANTE, Cesare. *Instituições do Direito Comercial*. São Paulo: Minelli, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas: 2014.

WAISBERG, Ivo. *O novo Código Comercial Brasileiro*. Valor Econômico.

WAISBERG, Ivo. *O Projeto de Lei nº 1.572/2011 e a Autonomia do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2013.