
PROPRIEDADE INTELECTUAL E GESTÃO DA INOVAÇÃO

ENTRE INVENÇÃO E INOVAÇÃO





Salete Oro Boff
Vinícius Borges Fortes
Gabriel Zanatta Tocchetto

Editor

Francine Zanin Bagatini

Conselho Editorial

Dra. Janaína Rigo Santin
Dr. Edison Alencar Casagrande
Dr. Sérgio Fernandes Aquino
Dra. Cecília Maria Pinto Pires
Dra. Ironita Policarpo Machado
Dra. Gizele Zanotto
Dr. Victor Machado Reis
Dr. Wilson Engelmann
Dr. Antonio Manuel de Almeida Pereira
Dr. Eduardo Borba Neves

Editora Deviant LTDA

Rua Clementina Rossi, 585.
Erechim-RS / CEP: 99704-094
www.editoradeviant.com.br

**PROPRIEDADE INTELECTUAL E
GESTÃO DA INOVAÇÃO**

ENTRE INVENÇÃO E INOVAÇÃO



Editora Deviant
2018

SUMÁRIO

Copyright © Editora Deviant LTDA

Categoria: Direito

Produção Editorial
Editora Deviant LTDA

Todos os Direitos Reservados

ISBN
xxx-xx-xxxx-xxx-x

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

B673 Boff, Salete Oro.

Propriedade intelectual e gestão da inovação: entre invenção e inovação / Salete Oro Boff, Vinícius Borges Fortes, Gabriel Zanatta Tocchetto – Erechim: Deviant, 2018.

549 p. 23 cm.

ISBN: xxx-xx-xxxx-xxx-x

1. Direito. I. Título.

CDD 340

I	OS “MANTRAS PERFORMÁTICOS” DO DIREITO DE AUTOR	13
	Victor Gameiro Drummond	
II	DATOS DE PRUEBA Y SU EXCLUSIVIDAD EN MEDICAMENTOS Y AGROQUÍMICOS.LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 39.3 ADPIC	39
	Marta Carolina Giménez Pereira	
III	SERIAM AS INCERTEZAS QUANTO AOS RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMPATÍVEIS?	53
	Wilson Engelmann Raquel Von Hohendorff	
IV	A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS BASES DE DADOS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL	75
	Anna Maria Stella Buzzatti	
V	A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE CONEXÃO À INTERNET PELOS DANOS DECORRENTES DOS CONTEÚDOS DISPONIBILIZADOS AOS CONSUMIDORES	91
	Laura Covatti dos Santos Rafaela Baldissera	
VI	AS PATENTES VERDES COMO PRÁTICA DA SUSTENTABILIDADE	105
	Flávia Holz Angst Salete Oro Boff	

VII	LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL 242-IP-2015 DEL TRIBUNAL ANDINO: SOBRE LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA SOLICITAR INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE REGISTRABILIDAD A LA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA	123	XIII	PROTEÇÃO DE DADOS E PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE ERP NO CASO DA ODEBRECHT	271
	Juan Manuel Indacochea			Thais Dagostini Santin Vinicius Borges Fortes	
VIII	O (DES)CONSTRUÍDO SISTEMA DE PATENTES NO SÉCULO XXI	155	XIV	O PROTAGONISMO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL EM REDE	291
	Salete Oro Boff Gabriel Zanatta Tocchetto			Giulia Machado Vendrusculo Odete Maria de Oliveira Isadora Kauana Lazaretti	
IX	O PLÁGIO MUSICAL: CARACTERIZAÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	169	XV	O MUNDO GLOBALIZADO E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À INTERNET POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O JOGO DA BALEIA AZUL NO BRASIL	309
	Jordana Siteneski do Amaral Salete Oro Boff			Lauren Raquel Barbosa da Costa Márcio Ricardo Staffen	
X	INOVAÇÃO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA A PARTIR DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA EM PROL DO SER HUMANO.	197	XVI	A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS MÍDIAS SOCIAIS PELOS ATORES INTERNACIONAIS DE ATUAÇÃO VIOLENTA NA SOCIEDADE EM REDE	329
	Lilian Ramos Jacob Liz Beatriz Sass			Maria Paula Zanchet de Camargo Giovanni Olsson Maria Luiza Roman Folle	
XI	A PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA A ERA NANOTECNOLÓGICA: O SISTEMA INTERNACIONAL DE PATENTES, A (NECESSÁRIA) FLEXIBILIZAÇÃO E O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO	223	XVII	A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	345
	Raquel Von Hohendorff Daniele Weber S. Leal Wilson Engelmann			Natasha Alves Ferreira	
XII	A INDÚSTRIA CRIATIVA VERDE: INOVAÇÃO E PRESERVAÇÃO FRENTE AOS RISCOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	247	XVIII	PROMOVENDO O USO DAS INFORMAÇÕES CONTIDAS EM DOCUMENTOS DE PATENTES	371
	Bruno de Lima Silva Dr. André Rafael Weyermüller			Felipe Grando Brandão Catielle Alves de Souza Naiara Machado da Silva	

XIX	O PAPEL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	391	XXV	A POSSIBILIDADE DE UMA CIDADANIA SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO	499
	Guilherme Pavan Machado José Carlos Kraemer Bortoloti			Caroline Bresolin Maia Cadore Jéssica Cindy Kempfer	
XX	MUITO MAIS QUE UM SIMPLES RÓTULO: OS DIREITOS HUMANOS E A PROBLEMÁTICA IDENTITÁRIA NA QUESTÃO DO GÊNERO	415	XXVI	A INFLUÊNCIA DAS CORPORações TRANSNACIONAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	517
	Kaoanne Wolf Krawczak Juliana Oliveira Santos			Fabiane Maboni Eduardo Baldissera Carvalho Salles Giovanni Olsson	
XXI	MUITO ALÉM DE UM CORPO: O DIREITO À SAÚDE DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS E A POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS	435	XXVII	A GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS	531
	Juliana Oliveira Santos Kaoanne Wolf Krawczak			Ana Maria Foguesatto Daniel Rubens Cenci	
XXII	MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS: A INDIVISIBILIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE COM OUTROS DIREITOS	453			
	Daiane Calioni Berton Ana Maria Foguesatto				
XXIII	EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: COMO EFETIVAR OS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA ACADEMIA	471			
	Juliana Oliveira Santos Kaoanne Wolf Krawczak				
XXIV	DIMENSÕES PREVENTIVA E PROMOCIONAL: CONFIGURAÇÕES PARA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE	483			
	Carolina Andrade Barriquello Janaína Machado Sturza				

TRABALHO DOS DOCENTES

1

OS “MANTRAS PERFORMÁTICOS” DO DIREITO DE AUTOR

THE “PERFORMATIC MANTRAS” OF COPYRIGHT

Victor Gameiro Drummond¹

Resumo: O direito de autor atravessa uma profunda crise. Parte dessa crise decorre da oposição entre grupos de pensadores que atuam por meio de escolas de tendências mais conservadoras e outros com tendência mais libertarianista. Voltado a polarizações e oposições radicais, o direito de autor não permite que haja espaço para concepções filosóficas e hermenêuticas que possam melhor fazer compreender os seus fundamentos e justificativas filosóficas. Neste sentido, tanto uma como outra escola fazem uso dos “mantras performáticos”, que acirram as relações conflituosas e as posições ideológicas. O texto indica que os “mantras performáticos” não podem ser utilizados de forma perniciosa e que a recuperação do valor do direito de autor passa pela reanálise das escolas que o compõem.

¹ Pesquisador visitante em programa de Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Pesquisador visitante (independent visiting researcher) na Universidade de Londres (Queen Mary). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Professor do PPGD da UniFG/BA. Professor Convidado da Universidade de Lisboa e da Universidad Complutense de Madrid. Presidente do Instituto Latino de Direito e Cultura (ILDC). Presidente do Comitê Jurídico e de Desenvolvimento da Federação de Entidades de Gestão Coletiva do Audiovisual Latin Artis. Advogado. Advogado de NMK Advogados. Contato: victor@victordrummond.com.

Palavras chave: Direito de autor, hermenêutica, filosofia, justificativas filosóficas, bases teóricas do direito de autor.

Abstract: The realm of copyright is experiencing a serious crisis. This has partly resulted from opposition between proponents of conservative and libertarianist schools of thought. In the face of such polarisation and radical opposition, definitions of copyright do not allow space for philosophical and hermeneutical conceptualisations that may improve understandings of its rationale and philosophical foundations. Thus, both schools make use of “performatic mantras”, which intensify conflicting relationships and ideological positions. This article shows that “performatic mantras” cannot be used in a pernicious manner and that the recovery of copyright value involves a review of schools that examine it.

Keywords: Copyright, hermeneutics, philosophy, philosophical justifications, theoretical foundations of copyright.

INTRODUÇÃO. JUSTIÇA, LINGUAGEM E DIREITO DE AUTOR

Alguns poderiam dizer que o Direito é Justiça. Sabe-se, porém, que não é verdade. O Direito pode ser a busca por Justiça. Para tal, porém, os fundamentos da Justiça no Direito devem ser respeitados.

O Direito também é linguagem. Poderia até ser dito que o Direito é fundamentalmente linguagem².

Por meio da linguagem os fundamentos da Justiça podem ser extraídos do Direito. A linguagem (do e no Direito) e o sentido da Justiça são, pois, elementos construtores do Direito.

Neste mesma linha, a hermenêutica jurídica, atuando na linguagem deve buscar que os fundamentos da Justiça extraídos do Direito estejam despidos de ideologismos para que a verdade do Direito possa aparecer.

O direito de autor, como qualquer categoria do Direito, dá-se, portanto, na linguagem. Sendo voltado a ideologismos como é, o direito de autor também é pleno de deficiências no uso de sua típica linguagem que dificultam a sua compreensão e corretas análises.

É certo que parte da dificuldade mais evidenciada na concepção do direito de autor (como também de outras categorias) advém de concepções ideologizadas que fazem uso da linguagem por meio de exercício retórico de convencimento.

Daí que, como em qualquer outra área do conhecimento, envolto na névoa ideológica, um pensador sequer vê o outro. E quem não vê o outro possivelmente não compreenderá seus argumentos.

Argumentos sem (possibilidade de receber) oposição não são verdade ou possibilidade de efetiva verdade, mas antes disto, são ideologia. A única “ideologia” que escuta o outro é a democracia. Isto se for vista sob o olhar da filosofia política ou da democracia como modo de comunicação entre os falantes. Os debates sobre direito de autor precisam ser legitimamente democráticos e para isto, todas as instâncias participativas necessitam ver o outro. Não é o que acontece na contemporaneidade.

A ausência de um debate frontal e não ideologizado no Direito traz graves consequências à construção do Direito e da compreensão do que é justo para o setor denominado autoral, ou, efetivamente, ao setor cultural e do entretenimento. Por estas razões, entendo que o direito de autor é o terreno fértil para a proliferação do que venho denominando como “mantras performáticos”.

Ou seja, o direito de autor, pela sua vilania aparente e efetiva, pela sua apatia diante de discussões filosóficas, pela anemia dos argumentos de jaez filosófico e hermenêutico que lhes são apresentados no seio do senso comum autoralista, acaba por permitir um conseqüente ideologismo de difícil retratação dos exageros, até mesmo no ambiente acadêmico. Uma comprovação deste fato é exatamente o uso dos “mantras performáticos” no ambiente do direito de autor que sequer respeitam a fronteira das discussões acadêmicas, muitas vezes fantasiadas de academicismo, mas amparadas por interesses (nem sempre legítimos).

Levantar o véu da artificial aplicação de argumentos no direito de autor é permitir o debate. Levantar os equívocos dos artificialismos montados sobre ideias ideologizadas é fundamental para este mesmo debate.

² KAUFMANN, afirma que “[...] o direito é produzido pela linguagem [...]”. (KAUFMANN, 2004, p.165)

Entendo que parte significativa dos conflitos inerentes ao direito de autor e da crise que o mesmo atravessa decorrem do uso dos denominados “mantras performáticos”, cujo sentido a seguir serão devidamente explicitados.

LIBERTARIANISTAS E CONSERVADORES. OPOSIÇÕES ANTAGÔNICAS DISPENSÁVEIS.

O terreno do direito de autor é próprio para a atribuição de vilanias e posições antagônicas. Desde o seu surgimento formal, nos idos do século XVIII com os posicionamentos políticos pró-autores houve oposições de grande força na consolidação e sedimentação do direito de autor. Na ocasião, a propriedade privada era um dos fundamentos (ideo)lógicos do direito de autor e assim se manteve até a atualidade.

Os antagonismos foram historicamente se fortalecendo sobre oposições de simples interesses econômicos em terrenos de interesses alheios, muitas vezes disfarçados de direitos verdadeiros e legítimos .

Sucessivamente as oposições se intensificaram e se tornaram históricas até atingir a contemporaneidade: opositores do conceito de propriedade literária ou intelectual e defensores da propriedade privada; autores e editores; companhias fonográficas e artistas; entidades (associações) de gestão coletiva e usuários de obras; titulares e consumidores; titulares e provedores de acesso a internet e novas tecnologia.

Hoje, dentre os diversos conflitos efetivos e aparentes, há uma dicotomia em atuações que inclui posturas mais liberalizantes e tendências mais conservadoras, ambas muitas vezes justificáveis.

Isto me conduziu a estabelecer e concluir que há dois grupos básicos de posturas e tendências filosóficas (muitas vezes falsamente) justificantes. Fundamentalmente, defino esta dicotomia em atuações e pensamentos genericamente nomeados como atitudes ou linhas de pensamentos, por um lado, conservadores e, por outro, libertarianistas.

Cumprido destacar que tenho feito uso das expressões libertarianistas e conservadoras para categorizar e posicionar tendências interpretativas do direito de autor contemporâneo. Importante salientar que a denominação por libertarianista ou conservador não implica em um juízo de valor qualitativo de cada uma das classificações, mas simplesmente numa oposição sintética – e como tal conscientemente arriscada – para pontuar uma tendência nos textos, discussões históricas, apreciações filosóficas e pensamentos apresentados no decorrer dos estudos que efetuo. No mais, uma atitude ou outra pode ser considerada conservadora ou libertarianista, não implicando que, com isso, deva ser aplicada a expressão como uma desqualificação de quem atuou com um determinado comportamento que possa ser identificado com uma ou outra linha comportamental. As classificações são operacionais e não essencialmente qualificadoras na sua essência. Quando e eventualmente o forem, no decorrer do texto, serão devidamente indicadas como tais. Como comprovação, entendo que parte das posições que apresento o podem ser consideradas conservadoras e parte como libertarianistas sem que isto constitua em qualquer equívoco conceitual, filosófico ou jurídico. Reitero, as atitudes estão vinculadas a uma ou outra linha, mas deve-se levar em conta que o critério de atribuição e nomeação, por sua vez, também decorre de uma interpretação que apresento no texto, o que implica numa relativização destes conceitos para o modo como observo as atitudes dos autoristas examinados.

De início devo indicar que a expressão libertarianista é propositadamente reducionista que tem como objetivo, sinteticamente, indicar que parte dos pensadores que tem atuado na seara do direito de autor e da propriedade intelectual apresentam tendências a liberar ou flexibilizar parte do conteúdo protetivo do direito de autor, por meio de atitudes e pensamentos que propõem, por vezes, uma revitalização e, por outras, uma excessiva fragmentação ou esvaziamento do direito de autor e de seu conteúdo. A utilização da expressão acentuadamente e propositadamente reducionista foi a opção encontrada para evitar a expressão liberal ou liberais (pelo evidente conflito semântico que apresentaria com o conceito dos movimentos liberais do século XVIII). Também vi por bem não utilizar a expressão libertário, por entender que poderia haver um certo conteúdo preconceituoso nela, confundindo-se com um certo clamor revolucionário, que efetivamente não é o que pretendo

indicar. Por outro lado, a expressão libertário vem sendo utilizada também com outra conotação. Libertário é o modo como se traduz, muitas vezes nos idiomas português e espanhol, o sujeito que se vincula às ideias do libertarismo que, por sua vez, é a tradução para o entendimento contemporâneo de linhas de filosofia política efetivamente liberal (ou acentuadamente liberal) nos EUA, como se observa em muitas fontes e é utilizada, por exemplo, por Michael J. Sandel na sua obra *Justice*³. No texto original em inglês, Sandel faz uso das expressões *libertarianism* e *libertarian* para nomear, respectivamente, a linha filosófica libertarianista e seus adeptos⁴. O uso que faço da expressão libertarianista não possui, portanto, qualquer conteúdo das ideias de filosofia política e moral contemporâneas que tenham relação com as expressões indicadas. Por outro lado, como já se evidenciou, faço a oposição por meio da expressão libertarianista ao conceito de conservador.

Os conservadores, portanto, são os pensadores que não apresentam nenhuma ou pouca tendência a flexibilização ou diminuição da aplicação de conteúdos da sistemática o direito de autor, em qualquer dos sistemas principais, seja *droit d'auteur* seja *copyright*. Trata-se de evidente e consequente reducionismo que se explica por oposição ao termo que o contrapõe, como se pode concluir.

Como se evidenciará, entendo que a prática na atuação ideologizada e o fomento à contraposição não traz aportes significativamente positivos a uma densa formação filosófica do direito de autor. Muito pelo contrário, a contraposição radical dos pensamentos indicados tende a desafiar a construção de uma filosofia ao direito de autor.

Compreendo que a categorização é importante para demonstrar o modo por meio do qual as tendências de pensamento autoralista se opõem.

OS “MANTRAS PERFORMÁTICOS” E O SEU CONTRIBUTO AO DÉFICIT FILOSÓFICO DO DIREITO DE AUTOR⁵

As escolas, tendências ou posturas conservadoras ou libertarianistas fazem uso dos “mantras performáticos” como forma de sedimentar as ideias altamente ideologizadas.

“Mantras performáticos” são expressões utilizadas com o fim primordial de buscar um convencimento retórico de ideias presentes no senso comum dos autoristas e que são utilizadas esvaziadas do seu conteúdo efetivo. Assim, o uso de expressões como: *o direito de autor é contrário ou ofensivo à liberdade de expressão; a cultura é grátis; o direito de autor protege os criadores*; entre outras expressões conduzem ao esvaziamento das aplicações das leis de direito de autor ou a sua utilização ilegítima.

Esta utilização ilegítima pode ocorrer por parte de grandes corporações que tem como objetivo construir grandes bases de dados ou cobrar pelo acesso aos denominados conteúdos; representantes de titulares, titulares de direitos de autor e associações diversas; associações de consumidores; entidades de gestão coletiva e diversos outros agentes atuantes no cenário do direito de autor que fazem uso dos “mantras performáticos” para criar ideias ideologicamente contrárias a uma ou outra tendência ou escola de direito de autor, divididos nos grandes grupos (naturalmente) conflituosos, como venho indicando: conservadores e libertarianistas.

Portanto, os “mantras performáticos” são expressões utilizadas com a finalidade simbólica e muitas vezes ilegítima, por terem sido baseadas em concepções exageradas e (muitas vezes artificialmente conflituosas e) decorrentes do déficit filosó-

³ Michael J. Sandel é professor de filosofia em Harvard da mais concorrida disciplina daquela instituição, denominada Justice. Publicou entre outras obras, o livro *Justice – What’s the right thing to do*, que, em linhas gerais, representa o referido curso e foi traduzido para diversos idiomas.

⁴ Indica o autor que “(...) Libertarians favor unfettered markets and oppose government regulation, not in the name of economic efficiency, but in the name of human freedom” E continua indicando que há três tipos de políticas rechaçadas modernamente aplicadas pelos Estados contemporâneos: o paternalismo (como postura política ou mesmo política legislativa), a criação de legislações sobre questões morais e legislações ou questões sobre redistribuição de renda e patrimônio. Michael J. Sandel, *Justice – What’s the right thing to do*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 2009, p. 59.

⁵ O déficit filosófico do direito de autor é o resultado das circunstâncias factuais/temporais decorrente da má interpretação operada desde tempos imemoriais ao direito de autor em que a consideração da condição do sujeito-criador não levou em conta a essência do processo criativo nas análises históricas, legislativas e, principalmente, filosóficas. O déficit filosófico decorre do fato primordial de que o direito de autor, desde o seu início como categoria jurídica fora sempre ambientado, interpretado e desenvolvido sem a análise da filosofia pura e sempre bordeada por conceitos econômicos, políticos e de representatividade de interesses, muitas vezes sequer diretamente relacionados ao sujeito-criador. São fundamentos que comprovam o déficit filosófico a utilização de expressões que não correspondem ao significado filosoficamente correto (ou adequado, para dizer o mínimo) tais como *copyright* e propriedade artístico-literária, bem como a aceitação de validade do “brado de Chapelier”, o qual considero o primeiro “mantra performático”.

fico do direito de autor. Ou quando não são necessariamente utilizadas sob a forma de frases, mas ideias, repetidas à exaustão, também criam um falso convencimento da sociedade de valores que fortalecem um senso comum teórico dos autoristas que impede reflexões efetivas, em especial do ponto de vista filosófico. A utilização dos “mantras performáticos” pode se dar em textos escritos; por meio de apresentações em congressos, palestras ou seminários; em textos legislativos; em material de divulgação, sob a forma escrita ou mesmo verbal.

O maior perigo dos “mantras performáticos” é o esvaziamento do conteúdo efetivamente autêntico ou correto que possa albergar e que acaba sendo desvalorizado com o uso de suas ideias centrais fora de contextos, exageradamente, de forma ideológica ou sob a forma de argumentos sob a forma de *non sequitor*.

A utilização por parte de empresas que possuem interesse direto em que a informação e os bens culturais sejam de custo baixo ou nenhum custo de licença ou cessão é um exemplo de utilização de expressões mânticas que buscam simbolicamente esvaziar o direito de autor ao afirmar que *a Internet é um território livre* ou ainda que *o direito de autor ofende a liberdade de acesso à cultura*.

E há outros mais sutis, mais atuantes no terreno dos simbolismos, como ao se atribuir ao sistema de licenças *Creative Commons* uma valorização contundente e que indireta e simbolicamente desvaloriza o direito de autor, e, em meu entender, praticamente esvazia a possibilidade de chamamento ao debate, o que pode ser exemplificado quando Lemos declara que:

“Até o surgimento da Internet, da tecnologia digital e de um modelo jurídico como o *Creative Commons* **não havia meios** para que esses/os autores pudessem indicar à sociedade que eles simplesmente não se importam com a divulgação de suas obras [...]”.⁶

Esse indicativo se mostra excessivo e frontalmente contrário a uma ideia simples, que é o fato de que o direito de autor pode ser relativizável no âmbito de suas utilizações e permissões. Ora, quem “possui” todos os direitos pode “possuir” somente alguns. Afirmer que antes do *Creative Commons* não havia possibilidade

de indicação de relativização na titularidade é valorizar excessivamente o sistema de licenças e desvalorizar todo o direito de autor, genericamente, que lhe é anterior.

Ora, é verdade que a Internet deve ser um território livre, mas a existência do direito de autor (por si só) não é o obstáculo à liberdade na Internet. Há outros obstáculos e, por outro lado nem toda obra protegida por direito de autor pode ser considerada um obstáculo à liberdade de acesso. No mais, pode-se relativizar o direito de autor e, portanto, afirmar que ele é um obstáculo por si só é, do ponto de vista da hermenêutica, impossibilitar a sua relativização, o que é altamente paradoxal. Deve ser, portanto, afastada a ideia de que o direito de autor é uma espécie de predador natural da liberdade de expressão, da liberdade criativa e outras vertentes e manifestações da liberdade.

Por outro lado, também se está diante do uso de “mantras performáticos” quando se verifica a utilização de expressões indicativas de que toda a postura política e defensora do direito de autor decorre da proteção dos interesses do autor, constantemente utilizadas por grandes corporações e entidades de gestão que pretendem confundir a figura do sujeito-criador com o titular de direitos patrimoniais de autor. Este exemplo de “mantra performático” transforma esta ideia, não obstante o seu conteúdo essencialmente e teoricamente válido, em uma argumento falacioso quando quem o afirma não é um sujeito-criador⁷ ou até mesmo quando há um desvio na atribuição da condição do sujeito criador sem respeito à igualdade.

⁷ O sujeito-criador é a figura central do que venho indicando como uma filosofia contemporânea do direito de autor. Compreendi que o melhor modo de atribuir uma nomenclatura ao sujeito autônomo da filosofia e ao autor, na conceitualização básica (que se busca compreender) no Direito, seria a utilização concomitante das expressões sujeito e criador. Por outro lado, como a terminologia inerente ao autor traz muitos questionamentos do ponto de vista de seu significado e como é importante indicar que o autor aqui em análise é originalmente o autor oitocentista (com esta percepção tendo sido adquirida desde Descartes e posteriormente por Kant) mas também o autor que se projeta na concepção criativa individualista, entendi como prudente utilizar a expressão criador, em conjunto com sujeito. No mais, a expressão autor, na técnica muitas vezes confusa do direito de autor (por vezes ideologicamente e, reitero, propositadamente confusa) pode induzir à uma compreensão do autor como titular de direito, o que poderá confundir este sujeito com titulares que não são pessoas físicas (para utilizar uma expressão tipicamente jurídica). A expressão sujeito-criador será utilizada por vezes como sinônimo do autor considerado em seu momento (quando for analisado quem é o autor moderno, pós-cartesiano, por exemplo) e quando for considerado o autor oitocentista cujo conceito aparece já em Kant e na revolução francesa. Também me permiti utilizar a expressão autor quando, no sentido do texto, faria sentido por estar me referindo ao modo como historicamente este vem sendo denominado (e portanto possui incontáveis referências de outros pensadores). Também utilizei autor ou sujeito-criador para dar fluência ao texto. Isto porque não há uma distinção entre sujeito-criador e autor na concepção historicamente prévia deste conceito, mas entendo que o contributo que conduz ao significado do sujeito-criador encontra-se na compreensão da autoria pós-linguistic turn. A construção idiomática

⁶ LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 83.

O primeiro dos mantras performáticos de matriz conservadora foi exatamente aquele em que o direito de autor se manifestou como conjunto de direitos subjetivos e sistema protetivo o processo criativo na discussão legislativa francesa durante a revolução francesa, o brado de Le Chapelier: “ *a propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades.*”^{8 9}

Como oposição a esta ideia, histórica e ideologicamente conservadora, há, por exemplo, uma tendência de natureza mais libertarianista em relativizar o direito de autor por meio de uma nova compreensão do conceito de propriedade, o que tem sido feito por autores como Souza, Mizukami¹⁰, entre outros. Souza, por exemplo, entende que as soluções para a crise do direito de autor contemporâneo concentram-se “[...] *na análise da extensão horizontal da proteção patrimonial considerando os direitos da coletividade igualmente e necessariamente incidentes na verificação da amplitude desta proteção*” (SOUZA, 2005, p. 265).

que indico, portanto, responde à ideia do sujeito-criador após os rompimentos paradigmáticos de seu surgimento moderno (que focalizo em Descartes) quando do advento da filosofia da consciência (que observo em Kant) e no linguistic turn (com a evidente proeminência em Heidegger e Gadamer). Por outro lado, cabe indicar, utilizo a expressão autor ou autores para indicar os pensadores que tratam de tema que seja indicado neste texto, sejam filósofos, juristas, especificamente autoralistas ou não.

8 Texto no original disponível em http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791&pagenumber=1_15&imagesize=small#TranslationDisplay e <http://blog.hugoroy.eu/2010/03/12/1791-la-premiere-loi-sur-le-droit-dauteur-par-le-chapelier>: “A mais sagrada, a mais legítima, a mais inatácavel, e, se eu ainda mais puder dizer, a mais pessoal de todas as propriedades é a obra fruto do pensamento de uma escritor: uma propriedade de gênero totalmente diferente das demais propriedades”. Traduzido de: La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés est l’ouvrage fruit de la pensée d’un écrivain; c’est une propriété d’un genre tout différent des autres propriétés.

9 Em algum medida o próprio título do Estatuto da Rainha Ana, que lhe é anterior (1710) possui um conteúdo mântico-performático ao indicar que seria uma lei cuja aplicação traria benefícios para a maioria da sociedade ao incentivar o aprendizado: Uma lei para o incentivo do aprendizado, ao empossar os autores no direito às suas obras e também estimulando os compradores das cópias de tais obras (...). Traduzido pelo autor do texto original: (...) for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies (...).

10 MIZUKAMI, Pedro Nicolletti, Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais da CF/88. USP, 2007, acedido em <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5101> em 15/12/2013.

A EXTRAÇÃO DA VALORAÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO DE AUTOR. A NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DAS VILANIAS

Os argumentos de cada uma das escolas (ou tendências) citadas (conservadora ou libertarianista) deveria ser compreendidos sob um viés exclusivamente filosófico ou fundamentalmente filosófico para que se lhe possa extrair a essência do direito de autor no sentido de sua complexidade, afastando, desde o seu início, propriamente os seus próprios (pré)conceitos¹¹. Somente deste modo se poderá construir um espaço hermenêutico justo, adequado e real para o direito de autor.

Não é, porém, o que costuma ocorrer e por isso o ideologismo toma o espaço da reflexões filosóficas mais neutras, para dizer o mínimo.

Por outro lado, também é relevante indicar direito de autor evidentemente não é uma área do conhecimento exclusivamente da economia e, portanto, os valores econômicos inerentes ao ambiente da cultura são relevantes deste ponto de vista mas também são relevantes do ponto de vista da filosofia. Digo isto, desde já, porque parte do argumentos de uma ou outra linha ou tendência (libertarianista ou conservadora) se baseiam em ideias de cunho econômico (muitas valiosas) mas que não são a pretensão de meu caminho para o início da solução dos conflitos.¹²

O uso, portanto, de argumentos filosóficos para atender a interesses econômicos é um mero e falso verniz filosófico que não se sustenta por si só, considerando o fato de que as ideias, como utilizadas, não são suficientes para justificar determinadas posturas. Neste sentido, um provedor de conteúdo e acesso de Internet que insista no fato de que a liberdade de acesso ou liberdade de criação tem como “pre-

11 Muitas vezes pouco densificados e somente repetidos sob a forma de loops ideológicos, que não permitem nenhum interrupção sequer.

12 Entendo que muitos autores apresentam significativo e relevante espectro geral sobre o valor econômico do direito de autor e cujas teses são fortemente baseadas em elementos da econômica, tais como Joost Smiers e William Patry que podem ser vistos como pensadores que “economizaram” (a compreensão sobre) o direito de autor. Sobre William Patry ver: PATRY, William. Moral panics and the copyright wars. Oxford University Press. New York, 2009, especialmente a partir da página 61 e seguintes. Smiers, entre vários outros textos, possui um em co-autoria com Van Schijndel que merece atenção: SMIERS, Joost e VAN SCHIJNDEL, Marieke. Imaginem um mundo sem direitos de autor nem monopólios – Um ensaio. Institute of network cultures. Amsterdam, 2009. disponível pela Internet em 15/02/13 em <http://livrosdoexilado.org/imaginem-um-mundo-sem-direitos-de-autor-nem-monopolios-joost-smiers-e-marieke-van-schijndel-formato-pdf/>.

dador natural” o direito de autor faz evidente uso econômico de um viés falsamente filosófico, contribuindo para um incremento do déficit filosófico do direito de autor.

Por outro lado, em minhas observações, tenho concluído que a filosofia do direito de autor que proponho traz uma maior complexidade de soluções justamente pela compreensão da posição do sujeito-criador e de todas as conclusões que em seu nome foram historicamente (e ideologizadamente) sendo tomadas. Entendo, efetivamente, que é necessário compreender o direito de autor sob o olhar de uma hermenêutica da criação artística que, por sua vez, traz no mínimo, um(a) resposta, ou se for preferível, uma resposta adequada à compreensão do que se foi construindo sobre e no direito de autor, especialmente sobre bases filosoficamente inadequadas. Pode soar pretensioso imaginar que todas as soluções acadêmicas, doutrinárias e pragmáticas do direito de autor tenham que passar pelo caminho da filosofia e da hermenêutica. Por outro lado, não é pretensioso imaginar que somente com um efetivo banho de filosofia se possa alcançar o núcleo da discussão autoral que, transbordando-se de seu interior sob um olhar hermenêutico, poderia atingir uma maior densidade nas contribuições ao direito de autor, inclusive no que se refere a soluções de alto pragmatismo (que, como tendência, são polarizadas).

Em todo este entorno, compreendo que o conflito entre conservadores e libertarianistas se forma levando em conta fundamentos deslocados do posicionamento que deveriam efetivamente ocupar. Os “mantras performáticos” vem, exatamente, agudizar estes deslocamentos, sedimentar esta ideia e a pressão contrária e inerente à dualidade (entre posições conservadoras e libertarianistas) agrava ainda mais as análises sobre o direito de autor.

O mais clássico dentre os “mantras performáticos”, como já indicado e, saliente-se, numa análise *lato senso* e vista historicamente (que auxiliam aos seus intérpretes a fazer uso de seu teor com objetivos ideológicos) é a própria histórica e fundacional declaração de Le Chapelier quando o político francês alardeou em 1791 que a propriedade artístico-literária era a “*propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades.*”¹³ Aliás, em alguma medida o próprio título do Estatuto da Rainha Ana, que lhe é anterior (1710) possui um conteúdo

mântrico-performático ao indicar que seria uma lei cuja aplicação traria benefícios para a maioria da sociedade ao incentivar o aprendizado: “*Uma lei para o incentivo do aprendizado, ao empossar os autores no direito às suas obras e também estimulando os compradores das cópias de tais obras (...)*”. Se bem é verdade que não é performático na sua origem (tratando-se de texto legal) é altamente mantrificado e repetido pela comunidade autoral mais conservadora, especialmente de tendência utilitarista.

Devo indicar, portanto, desde já, que os “mantras performáticos” não são necessariamente criados pelos autores com a finalidade de sustentar suas próprias teses de cunho ideologizado (no caso de textos legais, isto se evidencia um pouco). Neste particular aspecto, devo salientar que muitas vezes os grandes disseminadores de “mantras performáticos” não são os seus próprios autores, mas os que fazem uso dos mesmos com o objetivo de desviar o foco das discussões ou, simplesmente, instituir juízos de valor ou de desvalor excessivo e, muitas vezes, interpretando de modo equivocado o seu conteúdo. Digo isto porque pode ocorrer a citação de autores que não necessariamente tenham tido a intenção de utilizar suas ideias sob a forma mântrico-performática mas, cujas ideias sejam desenvolvidas por terceiros exatamente nesta condição de aplicações (des)temperadas de juízo de valor e desvalor. Não cabe a mim indicar cada uma destas circunstâncias, mas ao leitor, a quem caberá os juízos e as análises ao se deparar com os referidos “mantras performáticos”.

Assim, configuram-se como “mantras performáticos” frases que tenho escutado à exaustão como: (1) *o direito de autor viola a liberdade de expressão*; (2) *o direito de autor impede o acesso à cultura*; (3) *a cultura é livre*; (4) *a internet é um território livre*; (5) *a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades*; (6) *as associações de gestão coletiva defendem o interesse do autor*; etc.

Este, pois, são exemplos de “mantras performáticos” que tem um valor altamente simbólico e precisam ser esvaziados de seu conteúdo ideologizado e analisados sob a luz de uma neutralidade e em terreno que possa extrair deles o máximo de concretude hermenêutica, para que sejam utilizados com finalidades desinteressadas de vínculos ideológicos e daí se possa extrair seu verdadeiro conteúdo e significado.

¹³ Traduzido pelo autor do texto original: (...) for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies (...).

O que vem ocorrendo é que a utilização equivocada destes mantras vem desvalorizando o seu valor real e, por exemplo, mesmo que se extraia alguma verdade da expressão *a internet é um território livre* (e há muita verdade nisso) somente para usar um dentre os exemplos, o seu uso destemperado, desviado de sua real e devida posição, a sua ideologização conduzem, primeiro, ao desvio semântico-ideológico, visto que a utilização indevida enfraquece seu sentido e, por fim, ao completo esvaziamento semântico, visto que se torna um vazio de(s) significado.

Para uma proteção de legitimidade do processo dialético é fundamental manter o valor das ideias, o que se dá pelo respeito à linguagem que se impõe, no mínimo, como representante destas. Se a linguagem que representa as ideias se esvazia, o conteúdo efetivo das ideias se dissolve no ar. Dito de outra forma, parte das ideias está nelas mesmas e parte no que se lhe confere como representadas pela linguagem.

A reiterada utilização das expressões acima indicadas, como exemplo, conduzirá a um esvaziamento que pode não mais ser passível de retorno, o que impede o discurso eficiente e diminui a possibilidade de se extrair o melhor direito das conclusões sintéticas dos conflitos de direito de autor.

Isto, em certa medida, já aconteceu com os mantras (5) e (6) indicados nos exemplos acima, que são exatamente aqueles *profetizados* pelas linhas mais conservadoras de autoristas que acabaram sendo denunciadas em uma defesa ilegítima de interesses, exatamente por este esvaziamento semântico praticamente por completo.

Ramos por exemplo, reitera as ideias de *Le Chapelier*:

(...) ainda que se compreenda sem dificuldade que o direito do autor sobre sua criação é a mais legítima forma de propriedade – talvez a única – tal princípio já era pisoteado pelos primeiros passos da indústria cultural” (RAMOS, 1989, p.12)

Como se vê, além de fazer uso do referido mantra, o autor auxilia a fortalecer a musculatura do déficit filosófico do direito de autor. Convém esclarecer, porém que, com isto, não pretendo dizer que Ramos não possui razão em buscar uma proteção do direito de autor. Não se trata disto, muito pelo contrário. O que efetivamente

aponto é a utilização ideologizada de uma expressão sob a forma de um “mantra performático”, seja por tendências mais conservadoras, como é o caso, seja por tendências mais libertarianistas.

Outro autor que faz uso do mesmo mantra, em outra versão, é Fernando Brant, renomado compositor de músicas populares como “Travessia” e parceiro do renomado compositor brasileiro Milton Nascimento, entre outros. Brant é vinculado no meio autoral como parte do grupo de dirigentes de uma das associações brasileiras de gestão coletiva do setor musical (UBC – União Brasileira de Compositores) que compõem o sistema de arrecadação de direitos do ECAD e assume posição radicalmente conservadora, apresentando-se como opositor do sistema de licenças *Creative Commons* e atuando como difusor do mesmo “mantra performático”: *“Este é um conceito que deve ficar claro: o direito autoral é um direito de propriedade. A obra original, criada por alguém, pertence a seu criador e é protegida moral e materialmente.”*¹⁴ (grifei).

Considerando a aplicação de “mantras performáticos” com o objetivo de sustentar ideias acentuadamente ideologizadas, além do esvaziamento do conteúdo dos mantras, sucessivamente se vai alcançando um desvalorização das próprias tendências, o que já ocorreu com as escolas mais conservadoras e começa a despontar como resultado das equivocadas ideologizações promovidas pelos libertarianistas implicando no fato de que o maior prejudicado é o sujeito-criador.

Neste cenário, portanto, é fundamental exatamente resgatar a posição do sujeito-criador, que encontra-se excessivamente fragilizado, como já foi apontado nas palavras de Ascensão:

“o autor é mais uma vítima que um beneficiário do sistema. Este é necessário, o autor tem de recorrer a ele, o autor é a própria justificação da existência deste – mas o autor perdeu o protagonismo. Os gestores do sistema, sejam eles próprios autores ou não, estão em primeiro plano” (ASCENSÃO, 2011, p.155).

14 BRANT, Fernando, Palestra apresentada no Festival de Cinema do Rio em 2006, extraída do periódico Hora do Povo em 06 de dezembro de 2006 e disponível em <http://www.umes.org.br/index.php/nossas-bandeiras/34-movimento-estudantil/nossas-bandeiras/em-defesa-da-cultura-popular-brasileira/161-brant-creative-commons>, site acedido em 22 de dezembro de 2013.

Como prejuízo evidente, está o fato de que os verdadeiros sujeitos-criadores e destinatários do processo criativo, podem resultar como os principais (ou únicos prejudicados) com esta acentuada desvalorização e conseqüente vazio semântico. No caso da acentuada *performance* mântica promovida por algumas associações de gestão coletiva, há um olhar preconceituoso por parte da sociedade civil, que, aliado às ofensivas técnicas de cobranças pelo uso de obras protegidas, compõem uma generalização de um mal estar sobre a posição destes importantíssimos agentes de direito de autor que necessitam, urgentemente, recuperar sua credibilidade perante a sociedade civil.

Quanto às linhas mais libertarianistas, seria urgentemente recomendável utilizar-se de critérios mais seletivos para a aplicação dos referidos mantras e, em verdade, não utilizar estas ideias de forma “mântica”, mas conceitualmente justificadas, sob pena de esvaziamento semântico e posterior acentuada dificuldade de recuperação de sua credibilidade em decorrência dos exageros que possam ser aplicados. O conserto posterior pode ser bem mais difícil.

Já vem ocorrendo um esvaziamento semântico de diversas ideias, como por exemplo o mantra (2) supra indicado de que *o direito de autor impede o acesso à cultura*. A supervalorização, a vulgarização ou a própria utilização equivocada de ideias sob a forma de “mantras performáticos” esvazia o seu conteúdo e torna as suas ideias ineficazes, insisto.

É necessário ostentar frieza e distanciamento para se fazer ciência, mas antes de tudo, é importante que se analise o que se pretende disto, se é defender interesses ou buscar a(lguma) verdade. Se a resposta for defender interesses, o terreno das batalhas está equivocado. Neste linha, o que pretendo é propor um caminho para uma verdade, não importando a quais filiações conceitualmente ou ocasionalmente possam ser apontadas nas ideias apresentadas.

Não há conflito em ostentar eventualmente uma posição considerada libertarianista e posições conservadoras. Por isso, muito confortavelmente, do ponto de vista acadêmico, indico minhas ideias sem me preocupar com filiações em um ou outro grupo, já esperando alguma crítica ofensiva no sentido de uma espécie de “esquizofrenia acadêmica” da qual poderei ser futuramente acusado pelos simples fato de enxergar argumentos de grande valor em cada leitura (independente de

sua possível filiação como libertarianista ou conservadora) e apreciação crítica do direito de autor que, neste sentido, deve ser resgatado por um viés que, em jargão popular poderia ser visto como uma análise sincera do direito, mas na verdade trata-se muito mais do isto. Sinceridade, neste caso, denomina-se honestidade filosófica e aplicação da hermenêutica contemporânea.

O GIRO LINGUÍSTICO APLICADO AO DIREITO DE AUTOR

Os “mantras performáticos” ostentam sua própria manutenção pela repetição de seu conteúdo, por reiteradas vezes, conduzindo a uma artificial consideração de que seriam aspectos verdadeiros de um ou outra escola, conservadora ou libertarianista.

O que ocorre é que o uso dos “mantras performáticos” como ferramenta de conflito, ideologismos ou mesmo de combate opositor demonstra outra questão de extremo relevo para o direito de autor e que ainda não foi tratada pelos autoristas: a aplicação e compreensão da filosofia da linguagem como modificação do olhar científico impõe a necessidade de compreensão de que os “mantras performáticos” sejam vistos como uma afronta à compreensão de que a filosofia da consciência foi ultrapassada (para não excluir importantes elementos daquela filosofia).

Ou seja, alardear que “a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades” é um equívoco do ponto de vista do Direito e constatação da incompreensão de que a linguagem não é uma simples ferramenta entre o sujeito e o objeto. O paradigma da filosofia da consciência amparava o dito “mantra performático” de *Le Chapelier*, mas este amparo faz sentido uma vez que a linguagem tenha invadido a filosofia com o *linguistic turn*.

Nesta mesma linha de compreensão, também cabe indicar que *a liberdade de acesso à cultura é violada pelo direito de autor* é também excluir a filosofia da linguagem do lugar ocupado na história da filosofia. Não se permite atribuições de “mantras performáticos” na contemporaneidade, pois eles são eivados de um significado simbólico que deve ser extraído para se compreender o que se deve

compreender, e que é a busca desde sempre, do direito de autor: qual é o sujeito da discussão e porque ele merece alguma proteção.

A extração do valor puramente simbólico com o fim de se alcançar o núcleo tão envolvido por diferentes capas de sentido decorre, inicialmente, da compreensão de que a viragem linguística deve ser constatada também pelos teóricos do direito de autor.

O direito de autor ainda se encontra baseado nas discussões sobre a natureza jurídica deste ou daquele direito ou faculdade e, desta forma, se preocupa muito pouco com as justificativas filosóficas para o direito de autor.

Para se alcançar a(s) justificativa(s) filosófica(s) para o direito de autor deve-se compreender que a filosofia da consciência não mais responde aos anseios do direito de autor, como não o faz para o Direito de um modo geral.

Seguindo estas linhas, é fundamental que se compreenda como ainda se observa o ato interpretativo no universo do Direito. Para isto, é importante ter em mente que ainda se promove uma insistente interpretação com base na equivocada separação (na contemporaneidade) das *subtilitatae* da hermenêutica clássica, o que conduz à constatação de que parte da comunidade jurídica não compreendeu um basilar aspecto da hermenêutica filosófica gadameriana: *“a interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”* (GADAMER, 2008, p. 459, grifei).

Gadamer prossegue indicando que *“nossas considerações nos forçam a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete”* (GADAMER, 2008, p. 460). Entende Gadamer, com razão, que esta constatação afasta a sua hermenêutica filosófica da hermenêutica romântica ou clássica, pois o filósofo alemão compreende que *“a aplicação é um momento do processo hermenêutico tão essencial e integrante como a compreensão e a interpretação”* (GADAMER, 2008, p. 460).

Ora, sendo assim, é importante compreender que o ato criativo, promovido pelo sujeito-criador é, ao fim e ao cabo, um ato de interpretação do mundo e, por este ato, em suas condições e pela relação com o que o fez transformar em algo criativo, se justifica a existência do direito de autor. Desta forma, a justificativa filosófica

primordial do direito de autor é aplicável ao sujeito-criador, o que não inclui neste processo de receptividade filosófica outros importantes agentes do direito de autor como titulares de direitos conexos sobre fonogramas e titulares de direitos conexos de empresas de radiodifusão.

Ou seja, em suma, se a viragem linguística comprovou que o sujeito-criador fundamental deve ser observado sob a perspectiva de uma filosofia do direito de autor, o alcance de um sujeito fundamental faz parte deste processo e a utilização de “mantras performáticos” dificulta o acesso ao núcleo fundamental do sujeito-criador.

CONCLUSÃO

Atualmente, alegar que a propriedade intelectual é sagrada é o mesmo que artificializar a posição do sujeito-criador, permitindo que ao fim e ao cabo, qualquer empresa possa ocupar o espaço do sujeito-criador que não lhe pertence, atribuindo-se direito de autor a grandes corporações que, na verdade buscam na exclusividade uma possibilidade de aumento cada vez mais acentuado, de lucros. Portanto, direito de autor não deveria ser o nome atribuído a uma empresa titular de direitos desta natureza, bem como também a propriedade - inclusive definida e categorizada com o predicado de “sagrada”, não poderia ostentar tal nomenclatura, posição ou característica. E é mesmo assim. Por outro lado, a sacralização contemporânea da propriedade intelectual (neste sentido, refiro-me especialmente ao universo das artes, da cultura e das ciências que se inserem no direito de autor) impõem uma confusão entre os conceitos de titular de direito de autor e direitos conexos e de sujeito-criador.

Por outro lado, os usuários que tem no uso de obras parte significativa de sua possibilidade de obtenção de receita alardeiam que o uso e acesso a estas deve ser livre, como se estivessem à busca da liberdade, quando em verdade, sua filosofia refere-se ao aumento de lucros e trata-se, somente, de um mero verniz filosófico. Os usuários de criações passaram a denominar-se provedores de conteúdo, esquecendo que parte significativa do denominado conteúdo são obras e criações protegidas por direito de autor.

Neste sentido, há de se perceber que, seja de um lado ou de outro (por parte dos defensores dos titulares ou dos que atuam – em nome de e na qualidade de usuários), os “nomes dos direitos” e das faculdades e circunstâncias aplicáveis foram atribuídos de acordo com historicidades que já não fazem mais sentido fora de sua época, mas, muitos mais do isto, são mantidos, no curso do tempo, com a historicidade artificializada e míope. A única diferença na artificialização entre as frases “*a propriedade intelectual é a mais sagrada das propriedades*” e “*o direito de autor viola a liberdade de expressão criativa e o acesso à cultura*” (para usar os exemplos mais paradigmáticos das tendências conservadoras e libertarianistas) é que a segunda expressão possui uma historicidade na contemporaneidade das suas aplicações mântico-performáticas e a primeira é historicamente repetida há muitas gerações. Por outro lado, se eventualmente um nome que não corresponda a um direito for atribuído e se a nomenclatura não lhe permite uma modificação, é importante que se considere o que efetivamente significa aquilo que recebe um determinado nome, pois, muitas vezes, o nome não corresponde ao que deveria corresponder e, por isso, a hermenêutica atua com um sentido, em alguma medida e isto sob este prisma, reparador.

Se o direito de autor se denomina direito de autor, deve se compreender quem é o autor a que se refere o (seu) direito. Se, por outro lado se denomina propriedade intelectual deve-se compreender em que medida há um conteúdo semântico real nesta denominação. Esta tarefa cabe à hermenêutica filosófica pós-*linguistic turn*. Portanto, deve-se dar o nome das coisas pelos que eles tem e devem ostentar como fundamento para a sua nomeação, sem fazer uso do esquema da metafísica clássica da relação sujeito-objeto. Propriedade significa (tautologicamente) propriedade, mas o que se quis e se quer dizer com o uso do termo propriedade deve ser compreendido e interpretado pós-*linguistic turn*. Assim como a expressão que dá nome à espécie do gênero direito de autor, há muitos outros modos de nomear institutos desta categoria jurídicas tais como direitos conexos, domínio público e tantas expressões típicas da categoria jurídica em apreciação tão claramente desviados de seu conteúdo semântico a ponto de fazer arrebentar a elasticidade semântica eventualmente possível. Não há elasticidade semântica que aceite, de bom grado, que um direito relacionado ao direito de autor seja atribuído a uma empresa de radiodifusão,

por exemplo. Por outro lado, uma vez que tenha ocorrido uma consagração deste direito, deve se compreender qual o limite do mesmo no sentido de sua apreciação semântico-representativa vista sob o olhar da realidade do sentido que a coisa pode suportar. Deve-se tentar compreender se a coisa suporta o nome que se lhe atribui. E este é o ponto no direito de autor: as coisas não suportam o nome que lhes é atribuído sem prejuízo do sistema, que reage desviado e sofre as consequências, quando, por exemplo, grandes corporações ou algumas entidades de gestão coletiva alardeiam a proteção dos autores (sujeitos-criadores) quando estes próprios sujeitos não são os sujeitos-criadores mas pretendem que o seu discurso seja contaminado por esta ideia filosófico-desviante e sedimentadora do déficit filosófico do direito de autor.

Ora, estas declarações são atribuídas no esquema da filosofia da consciência antes do *linguistic turn* (quando temporalmente anteriores mesmo a este, como é o caso de Le Chapelier) ou simplesmente ignorando esta superação metafísica na contemporaneidade (como é o caso da alegação mântico-performática de que *o direito de autor viola a liberdade de expressão criativa e o acesso à cultura*).

Simplesmente afirmar e utilizar cada um destes mantras é o mesmo que o seu emissor admitir, implicitamente, que não compreendeu a ocorrência da invasão do Direito pela filosofia da linguagem e ainda se encontra atuando por meio do modelo da filosofia da consciência ultrapassado com o giro linguístico.

Ora, com Heidegger e Gadamer, entre outros, não é mais possível entender (ou interpretar) que a relação se dá numa nomeação do objeto sem a percepção da posição ocupada pelos sujeitos. Ou seja, após a revolução copernicana promovida por Kant e após a invasão do Direito pela filosofia da linguagem, deve ser compreendido que o uso de “mantras performáticos” nada mais é do que o exercício retórico com o fim de adequar as circunstâncias do direito de autor de forma artificiosa a parecer que, tanto entidades de gestão coletiva e grandes corporações não representam o mesmo que a figura do sujeito-criador. Por outro lado, a “mantrificação” atinge os que pretendem aumentar seus lucros pelo uso dos conteúdos (por si só uma expressão que contém elevado grau de inadequação semântica) em defesa das liberdades (de acesso à cultura, de criação, de expressão, etc.).

Neste sentido, é importante compreender o que indica Heidegger, ao tratar do tema da metafísica e da obra de arte:

“a superação da metafísica não é nenhum rechaço vigente, senão o salto ao seu primeiro começo sem querer renová-lo, o que permanece historiograficamente irreal e historicamente impossível [...] E complementou: [...] O que rege em relação à metafísica se aplica também à meditação acerca da origem da obra de arte [...]” (Heidegger, 2003, p. 397).

Com Heidegger deve-se compreender que ao direito de autor deve também ser permitida (ou exigida) a invasão pela filosofia da linguagem.

Os “mantras performáticos” são a explicitação de que a filosofia da consciência ainda opera no direito de autor, e que o déficit filosófico inerente a este depende de uma re-compreensão da sua historicidade e, para tal, devem ser afastadas vilanias, polarizações e, primordialmente, mantrificações performáticas.

Não, a propriedade intelectual não é a mais sagradas das propriedades e, definitivamente, o direito de autor não é o (grande, único e em todas as circunstâncias) opositor da liberdade de expressão ou liberdade de criação artística, o predador natural das liberdades.

Dê-se o nome das coisas que se lhe pertencem. Se é necessário um banho de filosofia aos juristas contemporâneos no Brasil (e, na verdade em muitos países), como bem lembra Streck em seus ensinamentos¹⁵, é ainda mais necessário que os autoristas necessitam compreender que o velho esquema sujeito-objeto foi superado e que a linguagem não é o que se quer impor a ela. A linguagem não é ferramenta e muito menos molde para o que se deseja. Não se pode tomar a linguagem de modo tão elástico a se fazer dela o que se pretende de modo incólume e impunemente.

Para o direito de autor, a fatura histórica já chegou aos excessivamente conservadores com a reviravolta de novos modelos como *Creative Commons* e outros, e a

¹⁵ Streck, desde a sua obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, vem trabalhando arduamente a necessidade de que o Direito receba um banho de filosofia e para que os doutrinadores brasileiros possam compreender que a filosofia da linguagem deve ser entendido como um novo paradigma nas relações instituídas do Direito, que não mais pode ser observado sob a anterior circunstância filosófica da filosofia da consciência. Ver, entre outras obras: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica, Uma nova crítica do direito*. 2a edição. Forense. Rio de Janeiro, 2004.

crise do direito de autor invadido pelos libertarianistas. E, para estes, os *libertarianistas radicais*, a fatura chegará ainda com mais rapidez caso não compreendem que *não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*. Pós *linguistic turn*, as declarações mânticas de Le Chapelier se esvaziam e as *communeiras* não recebem alimento filosófico.

No mínimo, moderação é o caminho para o diálogo das ideologias no terreno do direito de autor. Porém, os “mantras performáticos” emudecem o diálogo.

Ocorre que a posição dialética varia conforme o grau de intensidade do conservadorismo aplicado na circunstância e o libertarianismo. Exemplo de conflito mais evidentemente tradicional seria aquele sempre potencialmente existente entre, (repite) de um lado, grandes provedores diversos de Internet (empresas como Facebook, Youtube, Google, Yahoo, etc., cujo ferramental tecnológico seja, em alguma medida, carente do que denominam de conteúdo) e, do outro lado, grandes corporações titulares ou representantes de direitos, tais como Disney, Apple, Warner Brothers, Sony, Microsoft, MPAA, etc.

Repare-se que tais conflitos são os que mais se evidenciam hodiernamente porque a “sociedade tecno-comunicacional”¹⁶ trouxe o terreno das discussões do direito de autor primordialmente para o ambiente tecnológico, fato, aliás, que é uma repetição no direito de autor desde o seu surgimento, visto que somente com a proliferação dos livros - que foi uma consequência da imprensa gutemberguiana - o direito de autor passou à existir formalmente e como área do conhecimento.

Como visto, em linhas muito gerais, o déficit filosófico do direito de autor decorre (entre outros fatores) do desvio semântico do conceito de propriedade (in-

¹⁶ Denomino por “sociedade tecno-comunicacional” o que tradicionalmente se vem nomeando por sociedade da informação. Já desde o início da década dos anos 2000 venho indicando que esta expressão melhor se adapta a nomear a sociedade contemporânea após o surgimento dos mecanismos tecnológicos que inseriram um modo mais dinâmico de se comunicar. Entendo que não houve maior volume de conhecimento em decorrência da contemporaneidade por conta das razões tecnológicas (com exceção do próprio conhecimento sobre a tecnologia em questão) mas sim uma acentuado fluxo no modo de se comunicar. Naquela ocasião as discussões ainda tratavam de spams, correios eletrônicos no ambiente de trabalho, cookies, hipervínculos (links), metadados (metatags), etc. Hoje, passados mais de dez anos da primeira vez que utilizei a expressão mais evidente se torna a necessidade de utilização da expressão sociedade tecno-comunicacional, pois incontáveis modos de se comunicar foram aprimorados e continua se tratando de um abalo comunicativo ou comunicacional pela ascensão de novos modos de se comunicar, seja no que se refere a equipamentos técnicos como é o caso de smartphones, tablets e seus já infindáveis aplicativos, como também em decorrência da ascensão das redes sociais, como Facebook, LinkedIn, somente para citar alguns exemplos do desenvolvimento comunicacional.

lectual) que surgiu desde as primeiras leis formais e se mantém até a atualidade. Parte deste déficit pode ser observado na ausência de legitimidade que se observa nas relações (complexas) que se operam no ambiente em que se encontram as obras protegidas por direito de autor, o que inclui, como participantes, os titulares e usuários supra mencionados, propagadores dos conteúdos dos “mantras performáticos”, que, afinal, são perniciosos ao direito de autor.

A identificação do significado dos “mantras performáticos” conduz à compreensão e à solução de parte da crise do direito de autor.

É o que cabe aos autoristas na contemporaneidade, como o fim de afastar as vilanias e polarizações e construir um novo direito de autor.

Mas para tal, é fundamental a compreensão do valor da linguagem e a aplicação da hermenêutica contemporânea ao direito de autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ascensão, José de Oliveira, A supervisão da gestão coletiva na reforma da LDA, capítulo 11 do livro: Por que mudar a lei de direito autoral – estudos e pareceres, Fundação Boiteaux/Editora Funjab, Florianópolis: 2011, p. 155 e seguintes.

Brant, Fernando, Palestra apresentada no *Festival de Cinema do Rio em 2006, extraída do periódico Hora do Povo em 06 de dezembro de 2006*, acessado em 22 de dezembro de 2013 no endereço eletrônico <http://www.umes.org.br/index.php/nossas-bandeiras/34-movimento-estudantil/nossas-bandeiras/em-defesa-da-cultura-popular-brasileira/161-brant-creative-commons>.

Chapelier Le (Isaac-René-Guy Le Chapelier); Le Chapelier Report, Cambridge: Primary Sources on Copyright (1450-1900), editado por L. Bently & M. Kretschmer, Paris: 1791, acessado em 10 de Junho de 2014 no endereço eletrônico: http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRepresentation.php?id=representation_f_1791&pagenumber=1_15&imagesize=small#TranslationDisplay.

Heidegger, Martin. Aportes a la filosofía acerca del evento. Biblioteca Internacional Martin Heidegger/Editorial Amagosto/Editorial Biblos. Buenos Aires: 2003, p. 31.

Kaufmann, Arthur, Filosofia do Direito, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 2004, p. 534.

Mizukami, Pedro Nicolletti, Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais da CF/88, São Paulo: USP, 2007, p. 551, acessado em 15/12/2013 no endereço eletrônico http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5101.

Patry, William. Moral panics and the copyright wars. Oxford University Press, New York: 2009, 321 p.

Ramos, Jorge José Lopes Machado, O artista e os direitos da criação: Um apartheid autoral? In, Doutrina – Série sobre direito autoral, Ministério da Cultura, Brasília: 1989, p. 14.

Sandel, Michael J. , Justice – What’s the right thing to do, Farrar, Straus and Giroux, New York: 2009, p. 178.

Souza, Allan Rocha de, A função social dos direitos autorais: um interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Brasil: 1998-2005. Faculdade de Direito de Campos. (Coleção José do Patrocínio V.4). Campos dos Goytacases: 2005, p. 265.

Smiers, Joost e Van Schijndel Marieke. Imaginem um mundo sem direitos de autor nem monopólios – Um ensaio. Institute of network cultures. Amsterdam, 2009. disponível pela Internet, acessado em 15/02/13 em <http://livrosdoexilado.org/imaginem-um-mundo-sem-direitos-de-autor-nem-monopolios-joost-smiers-e-marieke-van-schijndel-formato-pdf/>

Gadamer, Hans Georg. Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª edição, Editora Vozes. Petrópolis: 2009, p. 425.

Streck, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica, Uma nova crítica do direito. 2ª edição. Editora Forense, Rio de Janeiro: 2004, p. 919.

2

DATOS DE PRUEBA Y SU EXCLUSIVIDAD EN MEDICAMENTOS Y AGROQUÍMICOS.LA INTERPRETACIÓN DEL ARTICULO 39.3 ADPIC

Marta Carolina Giménez Pereira¹⁷

Resumen: Las nuevas tendencias en Propiedad Intelectual nos remiten al ADPIC al analizar la “información no divulgada” y en ella la “exclusividad de datos” prevista en su artículo 39.3. Empero, existen difíciles interpretaciones para esta polémica figura que no escapa a los intereses de los distintos sectores participantes de los más variados miembros de la OMC. El presente estudio tiene por objeto abordar la figura desde sus conceptos y requisitos, analizando sus variadas interpretaciones así como las sensibilidades en su aplicación. El método utilizado es el deductivo y la técnica de investigación bibliográfica. Se estructura en introducción, desarrollo, conclusiones y bibliografía.

Palabras clave: datos de prueba, información no divulgada, exclusividad de datos, medicamentos, agroquímicos, propiedad intelectual, artículo 39.3 ADPIC, TRIPS, data protection.

¹⁷ Doctora en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Pos-Doctora en Derecho, PNPD CAPES PPGDireito IMED, Brasil. Profesora Investigadora Extranjera en Universidad Federal da Bahía (UFBA), Brasil. Email: magipe@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

La protección de datos de prueba se asemeja a la noción de exclusividad de datos que los norteamericanos y la Comisión Europea adoptaron en 1984 y 1986 respectivamente. Así, nociones de ‘protección de datos de prueba’, ‘exclusividad de datos’ e ‘información confidencial protegida’ son conceptos afines, aunque esta última es más bien una noción dentro de la anterior denominación que fue adoptada por Estados Unidos ya desde la época de la mencionada Ronda Uruguay.

En el concepto norteamericano hay que puntualizar y subrayar que no sólo se pretendía prohibir en la época la utilización de los datos objeto de las pruebas de productos farmacéuticos y agroquímicos sino también se buscaba prohibir basarse en ellos, iniciativa que no prosperó (CORREA, 2014, p. 14). Siendo enfáticos reiteramos que la idea era doble: constreñir la utilización de los datos, así como basarse en ellos.

El artículo quedó redactado bajo el número 39.3 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en adelante ADPIC, como sigue: “

Los Miembros, cuando exijan, como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de pruebas u otros no divulgados cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, protegerán esos datos contra todo uso comercial desleal. Además, los Miembros protegerán esos datos contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público, o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal”. Sin embargo, muchas son las discusiones en cuanto a la interpretación y alcance del artículo previsto en ADPIC y que exige la protección de los datos de prueba sobre la seguridad y eficacia de productos farmacéuticos y agroquímicos, bajo la disciplina de la competencia desleal y las normas del derecho internacional por verse prevista en un Acuerdo marco.

CONCEPTUALIZACIÓN, NORMATIVIDAD INTERNACIONAL E INTERPRETACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE DATOS DE PRUEBA: EL INICIO DE LA POLÉMICA. LA DOCTRINA DE LA JUSTA RETRIBUCIÓN

Es el artículo 39.3 del ADPIC de 1994, el que introduce la regulación internacional, de forma vinculante, sobre lo que se conoce como “información no divulgada” y la protección de los datos de prueba sobre la seguridad y eficacia de productos farmacéuticos y agroquímicos. Veamos primeramente qué comprende.

CORREA nos dice que la noción cubre dos categorías diferentes de información: la que se conoce como “secretos comerciales” y la que nos ocupa, que son los “datos de prueba”. Los datos de prueba se definen como los resultados de ensayos clínicos que se llevan a cabo para demostrar la seguridad y eficacia de productos farmacéuticos y agroquímicos y según el autor su protección fue uno de los temas que consiguió dividir el norte y el sur durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, en su momento (CORREA, 2014, p. 13, 14).

La protección consiste en la prohibición de utilización de tales datos para obtener la aprobación de comercialización de un producto farmacéutico o agroquímico. Consiste en un derecho de protección que ostenta el titular de los datos contra prácticas comerciales desleales, evitándose expresamente el uso o la divulgación, salvo casos específicos. Conlleva ese derecho una obligación de no hacer, obligación negativa o de abstención, a más de una obligación de protección consecuente.

Se trata de una prerrogativa otorgada por los países miembros de la Organización Mundial de Comercio, en adelante OMC, que obliga a proteger los datos de prueba llevados a cabo por el titular contra prácticas de competencia desleal, siendo esta disciplina la que regula la figura de la información no divulgada expresada más arriba, según surge del artículo 10 bis del Convenio de París¹⁸.

¹⁸ Este artículo 10 bis del Convenio de París dispone: “Competencia desleal: 1) Los países de la Unión están obligados a asegurar a los nacionales de los países de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal. 2) Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial. 3) En particular deberán prohibirse: i) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; ii) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad

Diferentes interpretaciones se han dado a raíz de esta redacción del artículo 39.3, tal como en la práctica ocurrió con diversos acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados entre países miembros de la OMC. El principal argumento en contra de esta protección la encuentran una vez más las patentes de medicamentos y los detractores se sostienen con fuerza en los efectos que la norma acarrea señalando que si el gobierno utiliza los datos de prueba para aprobar versiones genéricas de medicamentos no existe uso desleal¹⁹ y añaden que tal disposición de ADPIC no debería conllevar en automático una concesión de exclusividad ni remuneración.

Un sensible punto se presenta sobre estos matices de esos efectos: la intervención del gobierno en la entrada de los medicamentos genéricos como parte de sus políticas públicas así como el impedimento de que la normativa citada de ADPIC se constituya en una suerte de trampolín para acceder a mayores derechos que los que confiere una patente, tentando beneficiarse de exclusividades y regalías bajo el argumento de la debatida figura de “*data protection*”, como se conoce en inglés.

Estados Unidos y la Unión Europea argumentan que el mencionado artículo 39.3 de ADPIC ordena la protección de datos y su exclusividad para el titular. Sin embargo, el sentido ordinario de la terminología empleada en ese artículo, interpretado en el contexto de la terminología de “competencia desleal” en el Convenio de París y más aún en la negociación histórica del artículo 39.3, pone en duda este punto de vista (BASHEER, 2006, p. 11).

La polémica del siempre pretender más de una norma o ir más allá de la norma es esa espina que hinca, desatada por Estados Unidos ya en aquel entonces, que no ha encontrado un punto de detenimiento y que se refleja incluso en el denominado ADPIC PLUS así como en el Acuerdo Transpacífico o TPP por sus siglas en inglés, a la fecha de hoy no muerto sino latente a pesar de la postura política norteamericana de 2017 que parecía acabar con él, análisis que no corresponde a este estudio pero que resulta pertinente mencionar a modo ilustrativo.

industrial o comercial de un competidor; iii) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos”.

19 El uso de tales datos por parte del gobierno a través de sus entidades a fin de estudiar aplicaciones subsiguientes con miras a que obtengan la aprobación de comercialización no puede considerarse como un “uso comercial”.

Otra de las problemáticas que rondan en cuanto a la interpretación del artículo en comento se refiere a qué tipo de protección deben dar los países partes de la OMC a esta figura, es decir, al alcance de la norma a la hora de celebrar los Tratados de Libre Comercio.

Por un lado, la doctrina ha estudiado literalmente el artículo 39.3 y de la opinión académica se colige que bastaría con circunscribir la figura a la disciplina de la competencia desleal, la cual no exige el reconocimiento ni la aplicación de derechos exclusivos, añadiendo que más bien el otorgamiento de la exclusividad constituiría una derogación drástica del principio de libre competencia²⁰. De hecho, el ADPIC contiene suficientes flexibilidades para que un país determine los medios adecuados para proteger los datos de prueba²¹. El mismo párrafo 4 de la Declaración de Doha señala que las disposiciones “...deben ser interpretadas y aplicadas de manera tal que se avale el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos” y por lo tanto debería adoptarse la postura de usarse las flexibilidades de ADPIC teniendo en cuenta el interés nacional del país de que se trate (REDDY & SANDHU, 2007, p. 4), lo cual parece ser lo más equilibrado.

Por otro lado, si la norma internacional establece la obligación de exclusividad, deja a los países miembros la tarea de determinar la duración de tal obligación con el consecuente riesgo de que alguno de ellos otorgue tal protección por un tiempo ilimitado a su titular lo que vendría a acentuar la brecha entre los países industrializados y aquellos en vías de desarrollo en cuanto a la discusión de la pertinencia de la protección o inclusive entre aquellos o éstos mismos en lo que respecta a la duración del período de exclusividad.

Hay que tener el cuidado en apuntar que los países en desarrollo han sentado la postura en este sentido, negándose en su mayoría a conceder la protección²²: el

20 En tal sentido autores como Carlos Correa, Charles Clift, Lucas Arrivillaga, Jean-Frédéric Morin, Jerome Reichman, Pedro Roffe, Christoph Spennemann, citados por Correa.

21 De acuerdo con el Acuerdo ADPIC, si la autoridad regulatoria de un país solicita la presentación de datos no divulgados al titular para el registro del medicamento o agroquímico, la exigencia para el país miembro de la OMC no es sino la de proteger esos datos contra su uso comercial desleal en caso de tratarse de una nueva entidad química y en caso de que la elaboración de tales datos haya supuesto un “esfuerzo considerable”. Más adelante se apuntará la postura que el concepto abarcaría el de “uso comercial” de forma amplia y no tan sólo el “uso comercial desleal”.

22 Tendencia que en los últimos años se vio disminuida en razón de la presión que ejerce la OMC, la firma de un Tratado de Libre Comercio o inclusive por presiones unilaterales. Entre los países que la

artículo 39.3 ADPIC deja un espacio considerable a los países miembros para implementar la obligación de proteger datos de prueba; la información no divulgada se encuentra ya regulada por la competencia desleal en el artículo 10 bis del Convenio de París; la información no divulgada no debe ser abordada dentro del concepto de “propiedad” y no exige conceder derechos exclusivos al titular de los datos²³.

Los detractores de la protección en comento han sustentado su razonamiento en que la investigación y desarrollo (I+D) de nuevos productos farmacéuticos y agroquímicos es impulsada fundamentalmente por países desarrollados con lo cual la figura de exclusividad de datos no debería aplicarse en países en desarrollo por la razón de que siendo que los desarrollados representan el 85% del mercado mundial de medicamentos bajo receta de productos farmacéuticos, es improbable que la falta de esa exclusividad en uno o más países en desarrollo sea determinante para una empresa a la hora de decidir invertir en producir los datos de prueba. Por otro lado, sostiene que el tiempo de ventaja que obtiene la compañía que origina tales datos, así como la misma figura de la patente como vía de protección, resultan suficientes para recuperar los costos del desarrollo de tales datos (CORREA, 2014, p. 20 y 21).

Sin embargo, esto es discutible porque la intención primigenia de la norma es precisamente la de ofrecer oportunidades comerciales más justas a los titulares de datos y sobre todo armonizar un diseño de políticas efectivas con legítimos reclamos de derechos exclusivos limitados por el interés público y que se puedan defender en términos del bienestar público real²⁴, promoviendo la necesidad de aumentar las actividades de innovación e I+D en productos farmacéuticos también en países en vías de desarrollo o aquellos que son productores de principios activos de productos farmacéuticos y agroquímicos, como el caso de India, en forma adecuada y utilizando tanto el rico capital humano existente a nivel local como su

han rechazado se citan Argentina e India. En el caso de Colombia, al haber suscrito diversos Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) y con la Unión Europea, se suma al compromiso de otorgar protección a los datos de prueba concediendo períodos de exclusividad. Canadá es otro de los países que se cita entre los que han otorgan el período de exclusividad de datos. Inclusive lo han ampliado de cinco a ocho años, más seis meses de exclusividad pediátrica, según las enmiendas del año 2006 hechas al Reglamento Canadiense sobre Alimentos y Fármacos.

²³ Postura sentada en reunión del Consejo del Acuerdo sobre los ADPIC.

²⁴ Como expresa Antony Taubman, actual Director de la División de Propiedad Intelectual de la OMC, que propone una lectura heterodoxa del artículo 39.3, basándose en una interpretación de relación justa entre competidores y el cumplimiento de las expectativas de negociaciones de los países sobre el acceso a la protección de la PI.

infraestructura²⁵. En esta armonización se incluye el incentivo de lograr el progreso de los países en vías de desarrollo. El argumento de que hoy en día la mayoría de los productos farmacéuticos y agroquímicos son elaborados por países desarrollados, teniendo una posición de mercado dominante, se encontraría en cierta forma limitado precisamente por el reclamo de mayor presencia de I+D en aquellos países, sin desdeñar la realidad propia que los incumbe y las propias diferencias entre tales países en vías de desarrollo. El ejemplo es la India como productor importante de principios activos.

Aun así, en las negociaciones del mencionado artículo 39.3, las partes en su mayoría rechazaron la propuesta norteamericana eligiendo más bien hacer hincapié a la aplicación de las reglas de competencia desleal el cual no implica el reconocimiento de derechos exclusivos. En la disputa de introducción de la exclusividad de datos, como se ha mencionado, sea a través de modificaciones a la legislación nacional, de negociaciones de Tratados de Libre Comercio o de acuerdos bilaterales, así como a través de los procesos de adhesión a la OMC de nuevos integrantes, se ha notado que la representación de la industria de productos de marca o *big pharma* ha apoyado activamente la introducción de cinco o más años de exclusividad en tanto que el segmento genérico de la industria farmacéutica ha disentido enérgicamente con esta postura (CORREA, 2014, p. 22 y 23).

Según se anticipó, otros matices tienen que ver con la diferencia entre “basarse” y “utilizar” amén de que dependerá de quién sea quien los utiliza pues, como se ha visto, el gobierno, para cumplir su tarea a través de autoridades, precisa usar esos datos a fin de evaluar aplicaciones futuras que procurarán la aprobación de la comercialización, lo cual no implica un uso “comercial” de tales datos. Además, hablando de una posible ventaja comercial que puedan tener los competidores con tal uso, ella es totalmente lícita si no conlleva prácticas deshonestas. Y es que, hasta en esta última palabra cabrían sutilezas si consideramos que lo “desleal” y lo “deshonesto” dependerá de la cultura que se analice.

²⁵ Cfr. Op.cit., informe de la Declaración Ministerial de Doha en Doha WTO Ministerial 2001 del 20 noviembre 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, disponible en http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm, consultada el 15 de marzo de 2018.

Podemos concluir en este tópico que la obligación que tienen los países parte conlleva una protección con libertad de determinar la forma de proteger esos datos. La obligación supone:

- 1) No obtener datos de prueba no divulgados por medio de prácticas deshonestas.
- 2) No dar a los datos los datos de prueba un uso comercial.

Siempre en cuanto a la interpretación de la norma, pero añadiendo la justa retribución por el uso de los datos de prueba, autores sostienen que la figura puede ser admitida toda vez que se garantice una remuneración al titular por su uso, cumplidos los dos presupuestos básicos que son: que los datos de las entidades farmacéuticas o agroquímicas no hayan sido divulgados y que su producción implique un esfuerzo considerable.

Afirma BASHEER, al hacer el estudio del caso de la India, que el estándar mínimo que impone el artículo 39.3 no es la exclusividad de datos (postura de EEUU y de la UE) ni la denominada de dependencia permisiva (postura de algunos autores) sino más bien un modelo de “responsabilidad compensatoria” por el cual la información reglamentaria que cumple con los requisitos previos del artículo 39.3 -recientemente citados como presupuestos básicos- no puede ser utilizada por ninguna persona, como tampoco por autoridades regulatorias en su labor de aprobación de nuevos productos, sin que se remunere al titular de los datos (BASHEER, 2006). En sentido acorde se ha pronunciado FELLMETH apostando por una remuneración adecuada a fin de que la divulgación y el uso de los datos sean justos desde un punto de vista económico (FELLMETH, 2004). Y MEITINGER revela que el artículo 39.3 requiere que los países miembros garanticen el uso exclusivo de los datos durante un período determinado o que fijen un pago en contraprestación por tal uso (MEITINGER, 2005).

IMPLICANCIAS DE ADPIC PLUS EN LA FIGURA DE LA EXCLUSIVIDAD DE DATOS

Tales implicancias dependerán de la interpretación de la norma que en las rondas negociadoras los países miembros de la OMC o firmantes de los respectivos Tratados de Libre Comercio o bilaterales den a la figura. Uno de los mayores temores en la adopción de la figura está en el hecho de que ella acarrearía un aumento en el coste de las medicinas y productos agroquímicos, limitando el acceso a los mismos. El coste se vería aumentado en razón de la misma repetición y práctica en la obtención de los datos de prueba por los laboratorios genéricos, lo cual significa nuevos costos de todo tipo que, en caso de que éstas puedan afrontarlas, repercuten en el precio final del producto ya puesto a la venta. Así, el financiamiento de prolongados ensayos particularmente en países en desarrollo retrasa la actividad y el progreso científico amén de acrecentar el valor del medicamento o del agroquímico, en su caso. Hay que considerar además que la tecnología con la que cuentan y el personal que labora en tales compañías de producción de medicamentos genéricos suele ser limitado y no alcanza el nivel de infraestructura humana o científica ni la capacidad suficiente de soportar financieramente o solventar estudios prolongados, a veces en forma indefinida hasta alcanzar el resultado querido.

Otro, quizás el más sensible, aborda la temática de poner en riesgo la vida y la salud del paciente repitiendo innecesariamente pruebas ya existentes sin justificación científica. Por otro lado, el hecho de que cuánto tiempo puede esperar la sociedad para acceder a medicinas genéricas es una pregunta que también comporta un tinte ético donde se encuentra el factor imprescindible de contemplar el acceso a los medicamentos que debe convivir con el del fomento a la innovación de forma equitativa, mas no en detrimento suyo.

No hay que dejar de mencionar que, hasta la figura de las licencias obligatorias, tan necesarias como importantes, pueden verse sensibilizadas ante la presencia de la temática que nos ocupa pues en la negociación de Tratados de Libre Comercio es incierto si el titular de una licencia obligatoria que forma parte de un país firmante de tal tratado puede obtener aprobación para comercializar un producto en

caso de que el mismo esté gozando de la protección de exclusividad de datos, salvo que el titular de éstos le conceda la respectiva autorización. Sin ahondar en este tema, cabría también preguntarnos la conveniencia de la actual tendencia en alza de alentar firmas de Tratados multilaterales o de Libre Comercio ya que en la práctica lo que puede ocurrir en temas de acceso a la salud es que el gobierno signatario se vea constreñido a participar de políticas que no le son favorables, viéndose trabadas herramientas que han sido contempladas con éxito por los ADPIC a fin de medir o limitar los monopolios que otorgan los instrumentos de Propiedad Intelectual, como sería el caso de estos permisos que en los países en desarrollo se convierten en la clave para asegurar el acceso a los medicamentos a pacientes que de otra manera no podrían contar con ellos. Resulta un poco contradictorio pensar que un paciente deba estar sujeto a permisos que deban concederse entre titulares: del titular de la licencia obligatoria del medicamento que quedaría supeditado al titular de los datos de prueba del mismo que ejerce una suerte de exclusividad de mercado.

Un caso a resaltar es el de la Comisión Europea, la cual se encuentra reclamando la exclusividad de datos en las negociaciones de su Tratado de Libre Comercio con India y los países andinos a la vez que un reglamento de la propia Comisión establece una excepción de las disposiciones sobre protección de datos en el caso de concederse una licencia obligatoria en un país europeo para exportar medicamentos (CORREA, 2014, p. 38). Como se aprecia, la discusión sube de tono y adolece de claridad en casos particulares como lo sería la exportación del principio activo titular de la licencia obligatoria.

En cuanto a la agricultura, tintes igualmente profundos se reflejan sobre todo en los países en desarrollo. Un interesante estudio de la *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO), desarrollado por el *Panel of Eminent Experts on Ethics in Food and Agriculture, Report of Eminent Experts on Ethics in Food and Agriculture* que específicamente aborda la figura del *data protection* y la confidencialidad, revela que en el contexto de los Tratados de Libre Comercio que se celebraron recientemente con algunos países en desarrollo, no es posible basarse en esos datos de prueba, ni utilizarlos por un mínimo de diez años contados a partir de la fecha de aprobación de comercialización del producto, aún si el producto relevante ya no está protegido por la figura de la patente. Esta forma de “exclusividad de datos” limita

la competencia y genera precios más elevados para los insumos que los agricultores de los países en desarrollo necesitan, lo cual los excluye de la competencia y les impide producir. Esa exclusividad, en la práctica, puede imponer otra empobrecedora barrera al comercio, tan objetable desde el punto de vista moral como otras barreras que restringen las exportaciones agrícolas de los países empobrecidos. Reducir la pobreza resulta imperativo. Los derechos de Propiedad Intelectual, incluso sobre los datos de prueba, se deben implementar de manera tal que contribuyan a ese objetivo y no para marginar aún más a los agricultores del mundo en desarrollo (FAO, 2005, parte IV).

CONCLUSIONES

Se ha visto las diversas dificultades que atraviesa la aplicación de la figura prevista en ADPIC y que comporta la protección de datos de prueba y otros no divulgados y que se relacionan con la seguridad y eficacia en la elaboración de una nueva entidad química que haya significado un esfuerzo considerable para llegar a su obtención. El objetivo principal es evitar prácticas comerciales desleales pero las consecuencias que acarrea su implementación atañen a diversas áreas de la Propiedad Intelectual y también conlleva tintes éticos.

Los procesos de adhesión a acuerdos bilaterales, multilaterales, de libre comercio, con tendencia en alza y que comporta obligaciones para las partes, muchas veces irrenunciables a pesar de la discrecionalidad que prevé igualmente el ADPIC a la hora de adoptar la norma, hacen olvidar a los sujetos negociadores y a los titulares de derechos aspectos imprescindibles de considerar, tales como el hecho de que el uso de datos por parte del gobierno no importaría un uso comercial desleal, que existen casos que escapan a la figura por tratarse de utilidad pública o de emergencia sanitaria previstas en la ley a fin de controlar el monopolio en casos específicos (licencias obligatorias), que el costo de la exclusividad de datos en países en vías de desarrollo no puede ser absorbido por los laboratorios de producción local, así como cuestiones referentes a las actuales tendencias que negocian en secrecía los países industrializados.

Además, como se adelantó, hay que tener el cuidado en apuntar que el artículo 39.3 ADPIC deja un espacio considerable a los países miembros para implementar la obligación de proteger datos de prueba, que la información no divulgada se encuentra ya regulada por la competencia desleal en el artículo 10 bis del Convenio de París, así como que la información no divulgada no debe ser abordada dentro del concepto de “propiedad” y no exige conceder derechos exclusivos al titular de los datos.

Hechos estos apuntes, concordamos con la doctrina que sostiene la justa retribución y otorga remuneraciones al titular de los datos por un tiempo determinado, según la ley del país de que se trate y sus justas necesidades y realidades.

Finalmente, referente a la celebración de Acuerdos internacionales, reafirmamos la idea de que una participación pluralista y en igualdad de condiciones en la mesa de negociaciones en el tratamiento de estos temas a nivel internacional podría evitar futuras inconsistencias en la interpretación de la norma, tal como está ocurriendo con el controvertido régimen de concesión de derechos exclusivos sobre datos de prueba en la actualidad, sobre el cual pretendimos ahondar, esclarecer y aportar.

BIBLIOGRAFIA

Basheer Shamnad, **Protection of Regulatory Data Under Article 39.3 of Trips: The Indian Context**, Intellectual Property Institute, 2006, disponible en <https://ssrn.com/abstract=934269>, consultado el 19 de marzo de 2018.

Correa, Carlos, **Protección de datos de prueba: Derechos conferidos bajo el Acuerdo sobre los ADPIC y algunos efectos de los estándares ADPIC-PLUS en Acceso a los medicamentos e información confidencial**, Editorial Ciudad Argentina-Hispania libros, Buenos Aires, 2014.

Correa, Carlos, **Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals: Implementing the standards of the TRIPS Agreement**, South Centre, Geneva, 2002.

Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO), Panel of Eminent Experts on Ethics in Food and Agriculture, **Report of Eminent Experts on Ethics in Food and Agriculture**, Third Session, 14-16 September 2005, disponible en <http://www.fao.org/docrep/010/a0697e/a0697e00.HTM>, consultado el 19 de marzo de 2018.

Fellmeth Aaron, **Secrecy, Monopoly, and Acces to Pharmaceuticals in Internacional Trade Law: Protection of Marketing Approval Data under the TRIPS Agreement**, Harvard International Law Journal, volumen 45, número 2, 2004, disponible en http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/04/HILJ_45-2_Fellmeth.pdf, consultado el 19 de marzo de 2018.

Meitinger Ingo, **Implementation of Test Data Protection According to the Article 39.3 TRIPS. The Search for a Fair Interpretation of the Term ‘Unfair Commercial Use’**, The Journal of World Intellectual Property, 2005, disponible en <https://doi.org/10.1111/j.1747-1796.2005.tb00243.x>, consultado el 19 de marzo de 2018.

Satwant Reddy y Gurdial Singh Sandhu, **Report on Steps to be taken by Government of India in the context of Data Protection Provisions of Article 39.3 of TRIPS Agreement o Informe de India**, disponible en <https://www.indiaoppi.com/sites/default/files/PDF%20files/Data%20Protection%20report.PDF>, consultado el 10 de marzo de 2018.

OMC, **Declaración Ministerial de Doha WT/MIN(01)/DEC/1**, 20 de noviembre de 2001, disponible en http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm, consultada el 15 de marzo de 2018.

OMC, **TRIPS and Public Health, Submission by the African Group, Barbados, Bolivia, Brazil, Dominican Republic, Ecuador, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Pakistan, Paraguay, Philippines, Peru, Sri Lanka, Thailand and Venezuela, IP/C/W/296**, 19 de junio de 2001, disponible en http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/paper_develop_w296_e.htm, consultada el 15 de marzo de 2018.

OMC, Acuerdo de la Ronda Uruguay: ADPIC, Parte II — Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, Sección 7: Protección de la información no divulgada, disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_04d_s.htm, consultado el 16 de marzo de 2018.

3

SERIAM AS INCERTEZAS QUANTO AOS RISCOS DAS NANOTECNOLOGIAS E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMPATÍVEIS?

Wilson Engelmann²⁶

Raquel Von Hohendorff²⁷

Resumo: Atualmente a ampliação do uso das nanotecnologias traz uma série de preocupações acerca dos riscos à saúde e ao meio ambiente e dos possíveis impactos jurídicos. A sustentabilidade ambiental deve ser considerada ao longo das etapas da produção e ciclo de vida dos novos nanomateriais. A preocupação com as consequências ambientais que atingem não somente os seres humanos, precisa ser considerada eis que o grande desafio das nanotecnologias é, quanto sociedade, que possamos usufruir dos inúmeros benefícios e, ao mesmo tempo, evitar e limitar os possíveis danos associados com a saúde humana e riscos ambientais.

Palavras-chave: Nanotecnologias; Riscos; Desenvolvimento sustentável.

²⁶ Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, Coordenador do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Doutor em Direito Público pela Unisinos. E-mail: wengelmann@unisinos.br

²⁷ Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”; Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Mestre em Direito Público pela Unisinos. Advogada. E-mail: vetraq@gmail.com.

Abstract: Currently the expansion of the use of nanotechnologies brings a number of concerns about the risks to health and the environment and the possible legal impacts. Environmental sustainability should be considered along the production and life cycle stages of new nanomaterials. Concern about the environmental consequences that affect not only human beings, it must be considered that the great challenge of nanotechnologies is, as a society, that we can enjoy the many benefits and, at the same time, avoid and limit the possible damages associated with human health and environmental risks.

Keywords: Nanotechnologies; Risks; Sustainable development.

INTRODUÇÃO

A utilização industrial da escala nanométrica está avançando rapidamente sem que se tenha uma certeza científica sobre a segurança das nanopartículas e sem que a área jurídica tenha construído marco regulatório específico. As nanotecnologias vêm acompanhada de incertezas científicas quanto seus efeitos e (possíveis?) danos futuros ao meio ambiente e vida humana. Veja-se a perspectiva de crescimento que se projeta: “O mercado global de nanotecnologia deve chegar a US \$ 90,5 bilhões em 2021, de US \$ 39,2 bilhões em 2016 com uma taxa de crescimento anual composta de 18,2%” (McWILLIAMS, 2018).

O mundo na escala nano sempre existiu integrando a natureza, mas somente a partir da metade para o final do Século XX, o ser humano conseguiu acessar esta ordem de grandeza, visualizando a bilionésima parte de um metro. Observa-se no cotidiano da vida humana o consumo cada vez maior de inúmeros novos produtos com nanotecnologia, nas mais diversas áreas. Os produtos e setores onde se podem encontrar nanopartículas são: alimentação; aparelhos domésticos; medicina; petróleo; impressoras; energias renováveis; esporte e fitness; têxteis; agricultura; automotivo; construção; cosméticos; eletrônicos, bem como a utilização para fins ambientais. Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de de-

envolvimento das nanotecnologias. Tais produtos trazem a promessa de benefícios e utilidades nunca antes pensados, despertando nos consumidores e sociedade em geral a curiosidade. Desta maneira, o consumo destas criações em escala nano vêm sendo cada vez maior, com um universo de novidades despejadas no mercado diariamente.

Assim, deixam de ser apenas promessas futurísticas e incorporam-se na rotina diária da sociedade deste início do século XXI, exigindo, portanto, a atenção por parte do Direito. Mas as nanotecnologias vêm acompanhadas de incertezas científicas quanto seus efeitos e danos futuros ao meio ambiente e vida humana.

O desenvolvimento sócio econômico que ocorrerá com o advento e implementação das nanotecnologias nos mais diversos processos produtivos não pode deixar de considerar os aspectos éticos legais e sociais, bem como a sustentabilidade, promovendo sempre os ideais de uma responsabilidade planetária e de um não retrocesso ambiental.

Contudo, muito embora o desenvolvimento desta nanotecnologia venha alcançando contornos significativos, não há regulação específica. Segundo Engelman (2015, p. 350), “[...] o Direito deverá construir as bases para um conjunto normativo de acompanhamento, assessoramento e recompensas pela implementação das condutas mais aceitáveis em relação à gestão do risco nanotecnológico”.

Como as nanopartículas são muito pequenas, medindo menos de um centésimo de bilionésimo de metro, são regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está acostumada. Existem probabilidades de que as nanopartículas apresentem grau de toxicidade maior do que as partículas em tamanhos normais, podendo assim ocasionar riscos à saúde e segurança de pesquisadores, trabalhadores e consumidores.

Neste panorama, destacam-se diversas características das nanotecnologias, tais como: as propriedades incomuns de nanopartículas são principalmente baseadas em seu tamanho em nano escala e sua área de superfície. À medida que o tamanho de uma partícula diminui e se aproxima da nano escala, muitas propriedades começam a mudar em comparação com o mesmo material no seu tamanho macro. Cita-se, como exemplo, a cor e a temperatura de fusão do ouro, as quais são muito diferentes em nano escala que em ouro convencional. Os efeitos tóxicos de materiais que

se mostram como inertes na escala macro, também são muito diferentes na escala nano. Como a área de superfície de partículas aumenta uma maior proporção dos seus átomos ou moléculas começar a ser exibida na superfície, em vez de o interior do material. Existe uma relação inversa entre o tamanho das partículas e o número de moléculas presente na superfície da partícula. O aumento na área de superfície determina o número potencial de grupos reativos sobre a partícula. A alteração das propriedades físico-químicas e estruturais das nanopartículas com uma diminuição do tamanho poderá ser responsável por uma série de interações materiais que podem levar a efeitos toxicológicos.

Quanto mais larga for a utilização da nano escala na indústria, maior será a quantidade de produtos colocados à disposição do consumidor. Qual o motivo da preocupação? Por meio de equipamentos especializados, em condições de interagir com o nível atômico, se geram produtos com características físico-químicas diferentes daquelas encontradas no seu similar na escala macro. Aliado a esse aspecto, inexistente regulação específica para as nanotecnologias ao longo do ciclo de vida de um nanomaterial. As Ciências Exatas, dentre as quais se sublinha: a Engenharia, a Química, a Física, a Biologia e outras, ainda não conseguiram calibrar a metodologia para a avaliação da segurança dos produtos desenvolvidos à base da nano escala; se desconhece o número de nanopartículas já produzidas pela ação humana, as denominadas nanopartículas engenheiradas.

Os riscos são, em grande parte, desconhecidos e os danos futuros incertos, mas a decisão precisa ser realizada no presente, através da utilização destas novas ferramentas surgidas pela incorporação da ideia de que o conhecimento não poderá mais ficar aprisionado nos limites herméticos de cada campo do saber. Desta forma, é neste tempo em que se deve observar e construir modelos jurídicos permeados tanto pela certeza quanto pela incerteza em relação às expectativas sociais que são continuamente frustradas / satisfeitas por meio da complexidade social em permanente incremento (ROCHA; MARTINI, 2016).

É preciso um Direito crítico, capaz de fazer leituras da realidade e apto a provocar as mudanças necessárias nesta realidade, sob pena de restar isolado das outras áreas do conhecimento, que se utilizarão dos espaços vazios deixados pelo Direito, para atuarem, inclusive em questões regulatórias.

Questiona-se assim, qual o papel do Direito na gestão dos riscos nanotecnológicos, organizando e estabilizando as expectativas e induzindo comportamentos em busca da sustentabilidade na inovação, no horizonte projetado pelos Objetivos de Sustentabilidade do Milênio, publicados pela ONU.

Desta forma, quanto ao problema da presente pesquisa, questiona-se acerca de qual o papel do Direito, para promover a compatibilização entre a gestão dos riscos nanotecnológicos e os objetivos do desenvolvimento sustentável apresentados pela ONU?

Para o desenvolvimento deste capítulo, utiliza-se o método sistêmico-constitutivista considera a realidade como uma construção de um observador, analisando todas as peculiaridades implicadas na observação. É um método que parte de uma observação complexa de segunda-ordem, pressupondo reflexões que são estabelecidas a partir de um conjunto de categorias teóricas, próprias da Matriz Pragmático-Sistêmica, que guardam uma coerência teórica auto-referencial. Trata-se de uma estratégia autopoietica de reflexão jurídica sobre as próprias condições de produção de sentido, bem como as possibilidades de compreensão das múltiplas dinâmicas comunicativas diferenciadas em um ambiente complexo, como é o gerado pelas nanotecnologias.

O NOVO NANO MUNDO: AS INÚMERAS APLICAÇÕES DAS NANOTECNOLOGIAS E O CICLO DE VIDA DOS NANOMATERIAIS

As oportunidades potenciais da nanotecnologia no desenvolvimento de produtos são nas áreas de eletrônica e energia, materiais, bio-médicas e em alimentos e agricultura.

Na área de energia e eletrônicos pode-se destacar a criação de novos *nanoretutores* que podem gerar nanoestruturas orgânicas bem definidas. Eles produziram dispositivos de nanoescala para aplicações em energia fotovoltaica, armazenamento de energia, fotocatalise, ferroelectricidade e óptica. Cada dispositivo requer uma

combinação de técnicas, incluindo modelos, modificações na interface de nanoescala, colocação e afinação (IOCOZZIA; LIN. 2016).

Em se tratando de oportunidades em novos materiais originados pelas nanotecnologias, Qi et al. (2016), revisam uma abordagem para combinar monocristais e nanopartículas para produzir novos tipos de materiais híbridos. Os monocristais funcionalizados são de interesse porque podem servir como nano *fitas* que podem imobilizar nanopartículas, vírus e proteínas desejados. Como tal, eles podem ser usados na administração de medicamentos, síntese controlada de nanopartículas e reciclagem de nanopartículas. Os monocristais de polímero revestidos com nanopartículas possuem uma estrutura sanduíche; eles podem encontrar aplicações em sistemas eletromecânicos e aplicações microfluídicas.

Na área de alimentos e agricultura as inovações também são surpreendentes. Cheng et al (2016) revisam muitos estudos de pesquisa e desenvolvimento envolvendo nanotecnologia na agricultura. Por exemplo, no manejo do solo, as aplicações relatadas incluem nanofertilizantes, aglutinantes do solo, auxiliares de retenção de água e monitores de nutrientes. Nas plantas, os métodos de nanotecnologia fornecem DNA para células vegetais, melhoram a absorção de nutrientes, detectam patógenos das plantas e regulam os hormônios das plantas. Nos animais, as nanocápsulas entregam vacinas e melhoram a entrega de nutrientes. São relatadas inúmeras aplicações pós-colheita, incluindo a geração de nanocelulose de resíduos agrícolas. Do mesmo modo, na área relacionada com a alimentação, a nanotecnologia é explorada ativamente (por exemplo) em processamento de alimentos, embalagens, sistemas nanocarrier para nutrientes e suplementos, aditivos nanosificados para alimentos e ração, nanofilmes em superfícies de contato com alimentos, nanosensores para rotulagem de alimentos e descontaminação de água.

No Brasil, o amadurecimento da Rede AgroNano (OLIBVEIRA, 2017, p.11) fez com que um fluxo natural de demandas do agronegócio entendesse que a nanotecnologia pode ser via robusta de soluções para estes problemas. Desta forma, através do desenvolvimento científico e tecnológico, a Rede conta com uma crescente solicitação de parceiros industriais e da sociedade como um todo e, ainda, como resultado da Rede existem duas patentes depositadas e foi criado o Laboratório Nacional de Nanotecnologia aplicado ao Agronegócio (LNNA), sediado na EMBRAPA Instrumentação. Também, foi possível a entrada no projeto de pesquisa

para regulamentação em nanotecnologia proposto pela União Europeia conhecido pela sigla NANoREG.

Mas é na área médica que mais e mais publicações vem sendo realizadas e maiores descobertas e usos de nanotecnologia vêm sendo demonstrados. Mirkin (2016) vem desenvolvendo trabalhos com *spherical nucleic acids* (SNAs), nanoestruturas que mostram promessas extraordinárias em biologia e medicina. Tipicamente, os SNAs são sintetizados pela imobilização de oligonucleótidos (funcionalizados com grupos finais de alquiltiol) na superfície de nanopartículas de ouro esférico de uma forma altamente orientada e densamente empacotada. Esta tecnologia é a base para 1.800 produtos diferentes no mercado, incluindo inúmeras aplicações médicas de diagnóstico e terapêutica. Nath (2016) e sua equipe também estão usando nanopartículas para aplicações biomédicas; eles concentram suas atenções aos nanomateriais magnéticos multifuncionais, especialmente nanoestruturas Au-Fe₃O₄. Suas múltiplas funcionalidades podem ser utilizadas para diagnóstico, terapêutica, segmentação celular e triagem, e entrega de drogas, sendo que estas partículas podem ser funcionalizadas com moléculas bioativas.

Uma das maiores potencialidades da nanotecnologia aplicada a fármacos reside em terapias antitumorais. A nanooncologia inclui aplicações diagnósticas e terapêuticas, por exemplo, dois dos primeiros produtos disponíveis para tratamento nanooncológico foram preparações de doxorrubicina em lipossomos, e o paclitaxel em formulação de nanopartículas (ÁLVAREZ DÍAZ, 2016). Provavelmente é uma das áreas de maior desenvolvimento em questões diagnósticas e terapêuticas.

Os desenvolvimentos recentes na nanotecnologia ampliaram as aplicações potenciais da nanotecnologia no diagnóstico clínico e na terapia médica de doenças malignas e não-malignas. As nanopartículas de ouro foram relatadas como possuindo propriedades físico-químicas únicas e, em um estudo recentemente publicado Lu et al. (2017) exploraram as possíveis funções farmacológicas das nanopartículas de ouro em células de melanoma de camundongos. O estudo concluiu que as nanopartículas de ouro com 3-5 nm são agentes antitumorais potenciais, uma vez que foram seletivamente citotóxicos e inibiram a motilidade das células do melanoma. Com base nesses resultados, 4ppm de AuNPs de 3-5 nm foram relativamente seguros, bem como são candidatos eficientes para novas investigações em terapia citotóxica baseada em NP

para melanomas. Além disso, as nanopartículas de ouro suprimiram a migração de células de melanoma também. No entanto, estudos adicionais em modelos animais *in vivo* são necessários para avaliar a segurança dessas nanopartículas de ouro para tecidos normais e para investigar a eficácia *in vivo* na redução da carga tumoral e das metástases.

Para a indústria de nanotecnologia, os estágios do ciclo de vida de extração de recursos, produção de matéria-prima, fabricação de nanoprodutos, transporte, uso e fim de vida podem ser conectados com custos e benefícios significativos para os fabricantes, clientes, meio ambiente e organizações. Os impactos sobre a saúde humana, o ecossistema e os efeitos da liberação de poluentes são avaliados para cada ciclo de vida. Atualmente, é difícil prever a diferença entre o lançamento de nanoprodutos e o tempo em que os nanowastes atingem o meio ambiente. Portanto, a colaboração entre especialistas, fabricantes e economistas é crucial para prever as quantidades de *nanowaste* que serão descartadas. “No campo da avaliação da nanotecnologia, a análise do ciclo de vida oferece uma análise das implicações potenciais do ciclo de vida, otimizando seus benefícios econômicos, ambientais e sociais e minimizando os riscos” (COELHO, 2012, p 8). A avaliação do ciclo de vida dos nanoprodutos por si só é uma ferramenta e estrutura importante na avaliação das implicações ambientais negativas e positivas de um produto, processo ou tecnologia que também pode ser empregado para nanomateriais. No entanto, deve ser aplicada cuidadosamente tendo em mente as aplicações dos nanomateriais, a fim de fornecer respostas que serão úteis para os tomadores de decisão. Desta forma, é fundamental estabelecer vínculos entre a análise do ciclo de vida e avaliação de risco uma vez que qualquer grupo de trabalho análise do ciclo de vida precisará de informações de avaliação de risco de modo complementar (OECD, 2015).

Há um consenso geral de que o potencial para a saúde e os riscos ambientais dos nanomateriais devem ser avaliados ao longo de todo seu ciclo de vida. Cada vez mais são necessários estudos que analisem a aplicação da avaliação do ciclo de vida, a avaliação de riscos e a análise de fluxo de substância para nanomateriais e nanoprodutos, como por exemplo, o estudo intitulado *Life Cycle Aspects of Nanomaterials*. (LAZAREVIC; FINNVEDEN, 2013).

Em 2006, Maynard et al. e seus colegas desafiaram a comunidade global de pesquisa para desenvolver sistemas robustos para avaliar o impacto dos nanomateriais em todo seu ciclo de vida, dentro dos próximos cinco anos, na saúde e no meio ambiente. Mas já se passaram mais de 10 anos e muito pouco se evoluiu neste aspecto do conhecimento.

Afinal de contas, o que vem a ser a LCA? A LCA, que é um quadro quantitativo utilizado para avaliar os impactos ambientais cumulativos associados a todas as etapas de um material - a partir da extração de matérias-primas (*berço*) até o fim da vida (*túmulo*) (PATI; MCGINNIS; VIKESLAND, 2016).

A LCA é uma metodologia amplamente desenvolvida e padronizada. A avaliação geralmente cobre uma ampla gama de impactos ambientais, tais como mudanças climáticas, depleção de recursos e toxicidade na saúde humana causada por liberações de agentes químicos. A LCA é uma avaliação quantitativa das emissões, dos recursos consumidos e dos potenciais impactos na saúde e no meio ambiente que podem ser atribuídos a um produto ao longo de todo o seu ciclo de vida, extração de matéria-prima, conversão de matérias-primas, fabricação de produtos, distribuição, através de seus processos de uso e fim de vida. Isso é referido como a abordagem *berço até o túmulo*.^{28 29}

28 A título de demonstração de que a ideia de ciclo de vida dos produtos também já está em nosso ordenamento pátrio, vide a Lei n. 12.305/10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos. A referida lei em seu Artigo 7º menciona os objetivos específicos desta política e entre eles estão a integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos e estímulos à implementação da avaliação do ciclo de vida do produto. BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.

29 Outra demonstração de que a ideia de ciclo de vida dos produtos é corrente quando se trata de inovações pode ser vista no documento denominado Mapa de clusters tecnológicos e tecnologias relevantes para competitividade de sistemas produtivos. Os sistemas de Produção Inteligente e Conectada provocam mudanças na geração de valor na cadeia produtiva da manufatura. Dessa forma, a geração de valor na cadeia produtiva não se dá apenas na etapa de fabricação, mas sobretudo nas etapas a montante e a jusante da produção. As atividades a montante incluem atividades de pesquisa e desenvolvimento (P&D), cadeia de suprimentos e planejamento de processos. Já as atividades a jusante incluem a distribuição, manutenção, monitoramento do ciclo de vida do produto. INSTITUTO EUVALDO LODI (IEL). Núcleo Central. Mapa de clusters tecnológicos e tecnologias relevantes para competitividade de sistemas produtivos. Indústria 2027: riscos e oportunidade para o Brasil diante inovações disruptivas. Brasília, DF: IEL/NC, 2017. Disponível em: <https://static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/41/9f/419f2543-7906-4045-84d2-6ad31bd5bedf/clusters_e_tecnologias_web.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

MAS E O RISCO?

Até pouco tempo, a ciência caracterizava-se pela certeza em fornecer respostas, mas, no atual cenário, a certeza foi substituída pelas dúvidas. A tradição mostra que a ciência estava moldada a partir de determinadas características, como: buscar conhecer o mundo circundante, a fim de “[...] descrevê-lo, interpretá-lo, compreendê-lo, explicá-lo e, no melhor dos casos, predizer *a priori* os acontecimentos que vão ocorrer, e retrodizer o que ocorreu, explicando-o melhor” (ECHEVERRÍA, 2009, p. 18). Este paradigma científico, no entanto, gradativamente foi sofrendo modificações, especialmente no modo de operar e produzir o conhecimento científico, na medida em que agora se busca “[...] transformar o mundo, seja este natural, social ou artificial” (ECHEVERRÍA, 2009, p. 23). Aí surge a tecnociência, que se interessa, ainda, pelo conhecimento, mas com uma diferença fundamental: “[...] para um cientista o conhecimento é um fim em si, enquanto que para um tecnocientista é um meio para buscar objetivos de outra ordem” (ECHEVERRÍA, 2009, p. 23) Agora, será necessário que da investigação surja também desenvolvimento tecnológico.

As desmedidas intervenções provocadas pela nova técnica do homem levam a um ponto de crítica vulnerabilidade da natureza, uma vulnerabilidade que jamais fora pressentida antes que ela fosse identificada através dos danos já causados ao equilíbrio natural. Em virtude disso, as limitações de proximidade e simultaneidade, presentes na Antiguidade, perderam sua essência em face de um prolongamento temporal e de um crescimento espacial das sequências de causa e efeito que vislumbram o agir humano (JONAS, 2006).

A revolução tecnocientífica modificou a essência da natureza das ações humanas, provocando uma transformação no sentido de ter acarretado efeitos destrutivos sobre toda a biosfera do planeta. Assim, toda ação técnica implicou indubitavelmente na impossibilidade de se distinguir e separar os bons e os maus. Essa ambivalência trouxe como consequência a imprevisibilidade dos efeitos que as ações humanas decorrente da técnica poderão gerar. A única certeza existente, em longo prazo, traduz o receio de que a técnica produza efeitos ameaçadores. Tal situação

decorrente da ameaça ao equilíbrio e à existência da vida implica a necessidade de reflexão ética sobre a ação técnica (BARRETO, 2013).

Uma abordagem que contemple toxicologia, ciências dos materiais, medicina, biologia e bioinformática, entre outras disciplinas, torna-se obrigatória para que a pesquisa em nanotoxicologia possa culminar em uma avaliação de risco adequada.

Quanto mais cedo for possível desenvolver as avaliações tecnológicas robustas sobre os produtos com nanomateriais, com a participação de engenheiros, biológicos, cientistas do solo, agricultores e cidadãos preocupados, mais cedo, se entenderá o que a nanotecnologia pode fazer bem e com segurança, e que ela não pode fazer bem e com segurança para o nosso planeta. Materiais em nanoescala podem ser biologicamente mais ativos do que os materiais em tamanho macro, e possuem capacidade única de interagir com proteínas e outros elementos funcionais biológicos essenciais.

Até agora, ainda não foram observados efeitos adversos a longo prazo sobre a saúde em seres humanos. Isso pode ser devido à recente introdução dos nanomateriais, a abordagem preventiva para evitar a exposição e preocupações éticas sobre a realização de estudos em seres humanos. Isto significa que, com exceção de alguns materiais onde estudos humanos estão disponíveis, as recomendações de saúde devem basear-se na extrapolação da evidência de estudos *in vitro*, animais ou outros de campos que envolvem exposição a partículas de nanoescala, como poluição do ar, para avaliar os possíveis efeitos nos seres humanos (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2017).

Embora hoje os benefícios das nanotecnologias dominem o nosso pensamento, o potencial desta tecnologia para resultados indesejáveis na saúde humana e no meio ambiente não deve ser menosprezado, eis que, em razão do tamanho os materiais passam a ser regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está habituada, abrindo possibilidades de que as nanopartículas apresentem maior grau de toxicidade do que em tamanhos maiores, esta é a razão pela qual existe a necessidade de se avaliar os riscos que existem decorrentes da manipulação, desenvolvimento e aplicação destas novas tecnologias, observando a toxicidade, os métodos apropriados para testes em toxicidade, bem como os impactos na saúde humana e ambiental (HOHENDORFF; ENGELMANN, 2014).

Embora hoje os benefícios das nanotecnologias dominem o nosso pensamento, o potencial desta tecnologia para resultados indesejáveis na saúde humana e no meio ambiente não deve ser menosprezado, eis que, em razão do tamanho os materiais passam a ser regidos por leis físicas muito diferentes daquelas com as quais a ciência está habituada, abrindo possibilidades de que as nanopartículas apresentem maior grau de toxicidade do que em tamanhos maiores, esta é a razão pela qual existe a necessidade de se avaliar os riscos que existem decorrentes da manipulação, desenvolvimento e aplicação destas novas tecnologias, observando a toxicidade, os métodos apropriados para testes em toxicidade, bem como os impactos na saúde humana e ambiental.

OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

As estratégias de desenvolvimento de pesquisa e inovação responsáveis em nanotecnologias precisam da investigação dos impactos econômicos, sociais, legais e éticos das nanotecnologias, reforçando os estudos sobre riscos à saúde e ao meio ambiente e as táticas de comunicação pública sobre o conjunto de questões relacionadas com estas tecnologias emergentes (INVERNIZZI; KÖRBES; FUCK, 2012).

Em setembro de 2015, 193 países da Cúpula das Nações Unidas adotaram o que ficou mundialmente conhecido como a *Agenda 2030, um plano de ação com 17 objetivos globais, os - Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) - envolvendo diversos temas, como sustentabilidade, educação e direitos humanos - para serem desenvolvidos ao longo de 15 anos, para erradicar a pobreza, promover a paz e igualdade, avançar o crescimento inclusivo e proteger o meio ambiente (BRASIL, 2016; UNITED NATIONS, 2017).*

Os ODS e metas são integrados e indivisíveis, globais por natureza e universalmente aplicáveis, levando em conta as diferentes realidades, capacidades e níveis de desenvolvimento nacionais e respeitando as políticas e prioridades nacionais. As metas são definidas como ideais e globais, com cada governo definindo suas próprias metas nacionais, guiados pelo nível global de ambição, mas levando em conta as circunstân-

cias nacionais. Cada governo também vai decidir como essas metas ideais e globais devem ser incorporadas aos processos, nas políticas e estratégias nacionais de planejamento (BRASIL, 2016; UNITED NATIONS, 2017).

Nos documentos que versam sobre os ODS, o desenvolvimento sustentável é definido como o desenvolvimento que procura satisfazer as necessidades da geração atual sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazer as próprias necessidades. Assim, demanda um esforço conjunto para a construção de um futuro inclusivo, resiliente e sustentável para todas as pessoas e todo o planeta, e, para que seja alcançado é preciso que se harmonizem três elementos centrais: crescimento econômico, inclusão social e proteção ao meio ambiente. Tratam-se de elementos interligados e fundamentais para o bem-estar dos indivíduos e das sociedades (BRASIL, 2016; UNITED NATIONS, 2017).

A agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal com mais liberdade, reconhecendo que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Governos, organizações internacionais, setor empresarial e outros atores não estatais e indivíduos devem contribuir para a mudança de consumo e produção não sustentáveis, inclusive via mobilização, de todas as fontes, de assistência financeira e técnica para fortalecer as capacidades científicas, tecnológicas e de inovação dos países em desenvolvimento para avançar rumo a padrões mais sustentáveis de consumo e produção (UNIC- RIO, 2016).

Desta forma, os ODS definem as prioridades e aspirações de desenvolvimento sustentável global para 2030, e buscam mobilizar os esforços globais ao redor de uma série comum de objetivos e metas. Os ODS exigem uma ação mundial entre os governos, as organizações e a sociedade civil para acabar com a pobreza e criar uma vida com dignidade e oportunidades para todos considerando os limites do planeta.

Diferentemente dos seus antecessores, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, os ODS explicitamente convocam todas as organizações a utilizar sua criatividade e inovação para resolver os desafios de desenvolvimento sustentável. Podem ser compreendidos como uma oportunidade para que as soluções e tecnologias empresariais sejam desenvolvidas e implementadas para tratar dos maiores

desafios mundiais de desenvolvimento sustentável. Na medida em que os ODS formam a agenda global para o desenvolvimento da sociedade, eles permitirão que as organizações líderes demonstrem como os seus negócios ajudam no avanço do desenvolvimento sustentável, tanto minimizando os impactos negativos quanto maximizando os impactos positivos nas pessoas e no planeta (SDG COMPASS, 2016).

Até 2020, espera-se alcançar o manejo ambientalmente saudável dos produtos químicos e todos os resíduos, ao longo de todo o ciclo de vida destes, de acordo com os marcos internacionais acordados, e reduzir significativamente a liberação destes para o ar, água e solo, para minimizar seus impactos negativos sobre a saúde humana e o meio ambiente. Ainda, até 2030, espera-se reduzir substancialmente a geração de resíduos por meio da prevenção, redução, reciclagem e reuso. A ideia é incentivar as organizações, especialmente as empresas grandes e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relatórios (BRASIL, 2016)

Como ensina Freitas (2012, p. 325), a sustentabilidade passa por uma ideia de consumo e produção diferentes dos que acontecem atualmente:

Encorajar, nesse contexto, um novo ciclo de produção e de consumo afigura-se condição necessária para oferecer o bem-estar duradouro a cerca de nove bilhões de seres humanos, em 2050. [...]. *A sustentabilidade implica praticar a equidade com gerações futuras e, ao mesmo tempo, assegurar a equidade no presente, desafio inarredável de agir, de maneira intertemporalmente integrada*, para erradicar as discriminações (inclusive de gênero), promover a reeducação alimentar, universalizar o consumo consciente, regularizar a ocupação segura do solo e garantir o acesso a trabalho decente. (grifo nosso).

Esta é a encruzilhada que se desenha para o Direito e as demais áreas do conhecimento envolvidas com a Revolução Nanotecnocientífica, ou seja, encontrar alternativas seguras e responsáveis para lidar com o presente-futuro da vida de todos os seres vivos sobre a face da Terra, permitindo o aproveitamento saudável das contribuições científicas produzidas pela inteligência humana. O desafio das nanotecnologias não é o desafio de como manter e conquistar uma fatia de um mercado emergente, mas sim, simplesmente, como se pode, enquanto sociedade, colher muitos benefícios possíveis a partir da nano escala e, ao mesmo tempo, evi-

tar, limitar, ou pelo menos estar preparados para reparar os danos associados com a saúde humana e riscos ambientais que esta nova tecnologia poderá criar. Embora não se possa *conhecer* todos os resultados possíveis associados aos nanomateriais e nanotecnologias, é importante que as decisões sobre o desenvolvimento da nanotecnologia sejam orientadas para a redução do risco (DANA, 2012).

CONCLUSÃO

As nanotecnologias estão inseridas no cenário da denominada *Quarta Revolução Industrial* (SCHWAB, 2016). Observa-se a difusão e consumo dos mais diversos produtos elaborados em escala nano, trazendo as promessas de benefícios impressionantes, como na aplicação dos nanocosméticos, medicamentos para tratamento de câncer, shampoos, cremes antirrugas, remediação do meio ambiente, dentre tantos outros. Este crescente desenvolvimento das nanotecnologias tem inserção no mercado e na sociedade humana de diversos produtos com promessas benéficas, mas com o potencial risco de danos futuros. Ante o cenário de risco, urge que se analise uma alternativa jurídica para prestar respostas adequadas neste contexto de incertezas científicas.

Sobre os impactos e expansão dos avanços tecnológicos, a chamada *Quarta Revolução Industrial*, tratam-se de mudanças históricas em termos de tamanho, velocidade e escopo e ainda não se sabe os desdobramentos destas transformações, sua complexidade e interdependência. Mas, o que se sabe é que todas as partes interessadas da sociedade global - governo, empresas, universidades e sociedade civil - têm a responsabilidade de trabalhar em conjunto para compreender melhor estas tendências emergentes, bem como para lidar de um modo sustentável com os riscos destas inovações.

Com a nova realidade trazida pelos avanços das nanotecnologias, o Direito precisa modificar-se, agindo não mais apenas após o fato, como elemento corretivo, mas deve ser sim um elemento integrativo da gestão dos riscos, atuando preventivamente, e de modo a impedir o retrocesso ambiental.

Segundo Engelmann (2015, p. 350), “[...] o Direito deverá construir as bases para um conjunto normativo de acompanhamento, assessoramento e recompensas pela implementação das condutas mais aceitáveis em relação à gestão do risco nanotecnológico”. Como ensina Ferrer (2015):

Uma nova sociedade está emergindo e pouco se sabe sobre quais serão seus perfis, exceto que será global e estará em constante evolução ao direcionar o progresso científico. *Nosso dever intelectual é tentar antecipar os diferentes cenários que esta sociedade em transformação permanente oferecerá para que o Direito não seja uma ferramenta enferrujada no momento em que ele enfrente conflitos desconhecidos. Existem esforços prospectivos notáveis que tentam avançar como será o mundo nas próximas décadas, mas pouco, muito pouco, é falado em meios legais, tão propensos a imobilismo. No entanto, o objetivo da sustentabilidade, o direito ao futuro, exigirá um novo direito, para cuja construção serão necessários juristas críticos, corajosos e criativos. Este é o desafio.* (grifo nosso).

O desenvolvimento sócio econômico que ocorrerá com o advento e implementação das nanotecnologias nos mais diversos processos produtivos não pode deixar de considerar a sustentabilidade e a justiça ambiental, promovendo sempre os ideais de uma responsabilidade planetária e de um não retrocesso ambiental. O que não pode ocorrer, inclusive em função de um critério de justiça entre gerações humanas, é que sobre as gerações futuras recaia integralmente o ônus do descaso ecológico perpetrado pelas decisões das gerações presentes e passadas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p 158).

Desta forma, restam apresentadas algumas conclusões, que se sabe serem apenas parciais e limitadas, para esse momento. Talvez o mais correto seja dizer: novas observações, novos problemas, novas hipóteses, para novas pesquisas? Lembrando que o pesquisador é o perguntador, é quem pesquisa e pergunta a dor, mas não necessariamente quem responde a pergunta (a dor) (LEONEL SEVERO ROCHA, 2017.)

REFERÊNCIAS

- ÁLVAREZ DÍAZ, Jorge Alberto. **Aspectos éticos de la nanotecnología en la atención a la salud**. Coyoacán: Ed. Universidad Autónoma Metropolitana, 2016. (Serie académicos, n. 128). Disponível em: <<http://www.casa.delibrosabiertos.uam.mx/contenido/contenido/Libroelectronico/nanotecnologia.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2018.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outro temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BRASIL. **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato/2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 20 fev. 2018.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenv-sust/ODSportugues12fev2016.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.
- CHENG, HUAI N. ET AL. NANOTECHNOLOGY IN AGRICULTURE. IN: CHENG, HUAI N. ET AL. (ED.). **NANOTECHNOLOGY: DELIVERING ON THE PROMISE**. WASHINGTON: AMERICAN CHEMICAL SOCIETY, 2016B. V. 2.
- COELHO, Margarida C. et al. Nanotechnology in automotive industry: research strategy and trends for the future - small objects, big impacts. **Journal of Nanoscience and Nanotechnology**, Stevenson Ranch, v. 12, n. 8, p. 8, Aug. 2012. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/22962798>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- DANA, David A. **The nanotechnology challenge: creating legal institutions for uncertain risks**. New York: Ed. Cambridge University Press, 2012.
- ECHEVERRÍA, Javier. Interdisciplinarietà y convergencia tecnocientífica nano-bio-info-cogno. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, n. 22, p. 23, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n22/n22a03.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2018.
- ENGELMANN, Wilson. O “direito de ser informado” sobre as possibilidades e os riscos relacionados às nanotecnologias: o papel do engajamento público no delineamento de um (novo) direito/dever fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Z. P. (Coord.). **Direito, inovação e tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRER, Gabriel. La sostenibilidad tecnológica y sus desafíos frente al Derecho **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v.20, n. 78, p. 59, abr./jun., 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HOHENDORFF, Raquel von; ENGELMANN, Wilson. **Nanotecnologias aplicadas aos agroquímicos no Brasil: a gestão do risco a partir do diálogo entre as fontes do direito**. Curitiba: Juruá, 2014.

IOCOZZIA, JAMES A.; LIN, Z. CRAFTING MULTIDIMENSIONAL NANO-COMPOSITES: FUNCTIONAL MATERIALS FOR APPLICATION IN ENERGY CONVERSION, ENERGY STORAGE AND OPTOELECTRONICS. IN: CHENG, HUAI. N. ET AL. (ED.). **NANOTECHNOLOGY: DELIVERING ON THE PROMISE**. WASHINGTON: AMERICAN CHEMICAL SOCIETY, 2016. V. 2.

INSTITUTO EUVALDO LODI (IEL). NÚCLEO CENTRAL. **MAPA DE CLUSTERS TECNOLÓGICOS E TECNOLOGIAS RELEVANTES PARA COMPETITIVIDADE DE SISTEMAS PRODUTIVOS**. INDÚSTRIA 2027: RISCOS E OPORTUNIDADE PARA O BRASIL DIANTE INOVAÇÕES DISRUPTIVAS. BRASÍLIA, DF: IEL/NC, 2017. DISPONÍVEL EM: <HTTPS://STATIC-CMS-SI.S3.AMAZONAWS.COM/MEDIA/FILER_PUBLIC/41/9F/419F2543-7906-4045-84D2-6AD31BD5BEDF/CLUSTERS_E_TECNOLOGIAS_WEB.PDF>. ACESSO EM: 16 FEV. 2018.

INVERNIZZI, NOELA; KÖRBES, CLECI; FUCK, MARCOS PAULO. POLÍTICA DE NANOTECNOLOGÍA EM BRASIL: A 10 AÑOS DE LAS PRIMERAS REDES. IN: FOLADORI, GUILLERMO; INVERNIZZI, NOELA; ZAYAGO, E. (ORG.). **PERSPECTIVAS SOBRE EL DESARROLLO DE LAS NANOTECNOLOGÍAS EN AMÉRICA LATINA**. 1. ED. MÉXICO: M. A. PORRUA, 2012. V. 1

JONAS, HANS. **O PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE: ENSAIO DE UMA ÉTICA PARA A CIVILIZAÇÃO TECNOLÓGICA**. RIO DE JANEIRO: CONTRAPONTO: PUC-RIO, 2006.

LAZAREVIC, DAVID; FINNVEDEN, GÖRAN. **LIFE CYCLE ASPECTS OF NANOMATERIALS**. STOCKHOLM: KTH - ROYAL INSTITUTE OF TECHNOLOGY, 2013. DISPONÍVEL EM: <HTTPS://WWW.DIVA-PORTAL.ORG/SMASH/GET/DIVA2:650922/FULL TEXT01.PDF>. ACESSO EM: 10 JUL. 2017.

LU, Po-Hsuan et al. Gold nanoparticles induce cell death and suppress migration of melanoma cells. **Journal of Nanoparticle Research**, Netherlands, n. 19, Oct. 2017. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11051-017-4036-y>. Acesso em: 19 fev. 2018.

MAYNARD, Andrew D. et al. Safe handling of nanotechnology. **Nature**, London, v. 444, Nov. 2006. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/444267a.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2018.

McWILLIAMS, Andrew. The maturing nanotechnology market: products and applications. **Market Reports**, Wellesley, Nov. 2016. Disponível em: <https://www.bccresearch.com/market-research/nanotechnology/nanotechnology-market-products-applications-report-nan031g.html>. Acesso em: 22 jan. 2018.

Mirkin, Chad A. Nanotechnology at northwestern university: delivering on the promise. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology: delivering on the promise**. Washington: American Chemical Society, 2016. v. 1.

Nath, Manashi. Multifunctional magnetic nanomaterials for diverse applications. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology: delivering on the promise**. Washington: American Chemical Society, 2016. v. 2.

OLIVEIRA, Caue Ribeiro de et al. (Ed.). **Anais do IX Workshop de Nanotecnologia Aplicada ao Agronegócio**. 1. ed. São Carlos: Embrapa Instrumentação, 2017. p. 11. Disponível em: <http://www.cnpdia.embrapa.br/workshopnano/wp-content/uploads/2017/11/Anais_IX_1Workshop_de_Nanotecnologia.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Guidance manual towards the integration of risk assessment into life cycle assessment of nano-enabled applications**. ENV/JM/MONO (2015) 30. Paris, July 7 2015. (Series on the safety of manufactured nanomaterials, n. 57). Disponível em: <http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=env/jm/mono(2015)30&doclanguage=en>. Acesso em: 20 fev. 2018.

PATI, Paramjeet; MCGINNIS, Sean; VIKESLAND, Peter J. Waste not want not: life cycle implications of gold recovery and recycling from nanowaste. **Environmental Science: nano**, London, v. 3, n. 5, 2016. Disponível em: <http://pubs.rsc.org/is/content/articlepdf/2016/en/c6en00181e>. Acesso em: 15 fev. 2018.

QI, Hao et al. Nanoparticle-decorated polymer single crystals for nanoscale materials. In: CHENG, Huai. N. et al. (Ed.). **Nanotechnology: delivering on the promise**. Washington: American Chemical Society, 2016. v. 2.

ROCHA, Leonel Severo. Informação adquirida do Professor Leonel Severo Rocha, no Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado, da Universidade do Vale do Sinos (UNISINOS), em 2017.

ROCHA, Leonel S.; MARTINI, Sandra R. **Teoria e prática dos sistemas sociais e direito**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Notas sobre a proibição de retrocesso em matéria (socio) ambiental. In: BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2011.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradutor Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SDG COMPASS. **Diretrizes para implementação dos ODS na estratégia dos negócios**. [S.l.], 2016. Disponível em: <https://sdgcompass.org/wp-content/uploads/2016/04/SDG_Compass_Portuguese.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2018.

UNIC-RIO. Centro de Informações das Nações Unidas para o Brasil. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

UNITED NATIONS. **Sustainable development goals**. [S.l.], 2017. Disponível em: <<http://www.un.org/sustainable-development/sustainabledevelopment-goals>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). WHO guidelines on protecting workers from potential risks of manufactured nanomaterials. Geneva, 2017. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/259671/1/9789241550048-eng.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

GT1

4

A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS BASES DE DADOS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

THE LEGAL PROTECTION OF DATABASES IN THE INFORMAL SOCIETY

Anna Maria Stella Buzzatti³⁰

Resumo: Na sociedade informacional o conhecimento e as informações são facilmente gerados e propagados e um dos mecanismos mais utilizados para essa propagação são as bases de dados ou como também são denominadas, bancos de dados. Todavia, assim como é importante que o conhecimento seja dissipado, é de suma importância que ele seja protegido. Desta feita, a presente pesquisa objetiva, qualitativamente, em síntese, verificar as possibilidades de proteção jurídica das bases de dados no Brasil, utilizando-se, para o desenvolvimento deste, do método de abordagem dedutivo, da técnica de pesquisa bibliográfica e do procedimento monográfico.

Palavras-chave: Bases de dados; proteção jurídica; sociedade informacional.

Abstract: In the information society knowledge and information are easily generated and propagated and one of the mechanisms most used for this propagation

³⁰ Mestranda em Direito, Democracia e Sustentabilidade, linha de pesquisa "Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade", pela Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo-RS. E-mail: annabuzzatti@gmail.com.

is databases or, as they are also called, databases. However, just as it is important for knowledge to be dissipated, it is of the utmost importance that knowledge be protected. The present research aims, qualitatively, in a synthesis, to verify the possibilities of legal protection of databases in Brazil, using, for the development of this, the method of deductive approach, the technique of bibliographic research and the monographic procedure.

Keywords: Data base; Legal protection; Information society.

INTRODUÇÃO

No final do século XX, mais especificamente a partir do ano 1989, Tim Berners-Lee, físico britânico, cientista da computação e professor, apresentou uma das primeiras propostas para a criação de um sistema visando maior interligação de informações entre pessoas, o qual denominou de “*World Wild Web*” – “www”, que pode ser designado como um sistema de documentos dispostos na Internet que permite o acesso as mais variadas informações.

Esses dados que são apresentados no formato de hipertexto, cujo acesso se dá por meio de um programa chamado navegador, que é onde as informações e, principalmente, o conhecimento científico e acadêmico têm se propagado de maneira muito rápida e eficaz.

A facilidade do compartilhamento de informações e da propagação do conhecimento, os novos mecanismos e paradigmas tecnológicos baseados nas novas tecnologias de informação são marcas da “revolução do conhecimento” e da “sociedade informacional”.

A propagação das informações, em um sentido amplo e geral, dentro da informática, na maioria das vezes, se dá por meio das chamadas bases de dados, as quais *podem* ser compreendidas como acervos organizados contendo materiais, sejam arquivos e/ou registros, os quais são, geralmente, inseridos pelos próprios indivíduos – a depender do banco de dados que está sendo utilizado –, dentro de um meio

computacional, cujo acesso aos conteúdos pode ser limitado ou não pela administração desse banco de dados.

Nesse sentido, de conformidade com as legislações existentes acerca do tema, tanto no âmbito nacional, como no âmbito internacional, as bases de dados por serem compilações de obras que constituem criações intelectuais, são como tal protegidas pelo direito, assim como todos os demais bens jurídicos, quer sejam materiais ou imateriais.

Assim como é frutuoso e relevante que o conhecimento seja propagado, é de suma importância que os criadores e propagadores desse conhecimento tenham garantida a proteção jurídica pelas informações inseridas nos bancos de dados na sociedade informacional.

Com esses pressupostos, a pesquisa questiona quais são os meios de tutela jurídica das bases ou bancos de dados³¹, no Brasil, tendo como hipótese central os meios de tutela jurídica das bases de dados por intermédio do ramo do direito denominado propriedade intelectual, em especial, pelo direito autora, para a devida difusão do conhecimento e das informações na sociedade informacional

A pretensão do estudo, sem esgotar o tema, é apresentar o conceito de base de dados e a suas dimensões e implicações, relacionando-os como importante mecanismo para a propagação das informações e do conhecimento. Ainda, objetiva-se verificar a abrangência da proteção jurídica das bases de dados, bem como as dificuldades de sua efetivação.

O presente trabalho foi concebido valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica³², realizada, basicamente, por meio de revisão bibliográfica das doutrinas e das legislações, nacionais e internacionais, sobre as bases de dados e acerca da propriedade intelectual.

31 No presente trabalho, assim como em outras pesquisas sobre o tema, os termos “bancos de dados” e “bases de dados” serão utilizados como sendo sinônimos. Contudo, imprescindível deixar claro que, para alguns doutrinadores e estudiosos, há uma distinção entre as nomenclaturas. Para Marques e Martins (2000, p. 296), faz-se a seguinte distinção: “base de dados - o conjunto de dados inter-relacionados, armazenados e estruturados com o controle de redundância, destinados a servir a uma ou mais aplicações informáticas. Banco de dados - o conjunto de dados relacionados ou relacionáveis com um determinado assunto”.

32 A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Este tipo de pesquisa, em regra, é utilizado em estudos exploratórios ou descritivos, bem como em casos em que o objeto de estudo é pouco estudado, tornando difícil a formulação de hipóteses precisas e operacionalizáveis.

No tocante ao método de procedimento, que são as etapas da investigação em si, utilizou-se o monográfico³³. Em relação à abordagem, essa foi qualitativa³⁴, pois a pesquisa buscou fazer esclarecimentos e prestar explicações sem a realização da quantificação de valores. E, por fim, o método de abordagem utilizado, que é o caminho a ser seguido no decorrer da pesquisa, foi o dedutivo³⁵.

Ressalta-se, ainda, que com vistas à organização do trabalho, esse foi dividido em dois tópicos principais, sendo que no primeiro busca-se relacionar a utilização dos bancos de dados na sociedade informacional, e, no segundo, procura-se identificar os meios de proteção jurídica, em especial, na legislação brasileira, das bases ou bancos de dados.

AS BASES DE DADOS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL

A atual geração tem sido marcada pelo rápido compartilhamento de informações, pela fácil propagação do conhecimento, em razão dos novos mecanismos e paradigmas tecnológicos baseados nas novas tecnologias de informação, o que vem a denominando como a época da “revolução do conhecimento” e da “sociedade informacional”.

Castells aponta que a sociedade informacional, tecnológica, da propagação do conhecimento e de informação é novo paradigma local e global, o qual, apesar de algumas e marcantes diferenças, está conectado a tudo e a todos, nos mais diversos e remotos lugares.

33 O método de procedimento monográfico pressupõe o estudo de um determinado assunto, com o intuito de obter generalizações, cuja investigação alberga especificidades particulares ou coletivas, ao mesmo tempo em que observa e analisa, em vários aspectos, todos os fatores que influenciam o objetivo.

34 O método de abordagem qualitativo, em síntese, busca conceber explicações dinâmicas que não podem ser quantificadas por meio de valores.

35 O método de abordagem dedutivo é um método científico que considera que a conclusão está implícita nas premissas. Por conseguinte, supõe que as conclusões seguem necessariamente as premissas: se o raciocínio dedutivo for válido e as premissas forem verdadeiras, a conclusão não pode ser mais nada senão verdadeira.

No tocante às ideias acerca do que é conhecimento e informação, Morin (1993, *apud* Gandelman, 2001, p. 21) faz os seguintes apontamentos

O primeiro significado da palavra conhecimento é informação; é óbvio que quem tiver informações tem vantagens. O segundo significado é conhecimento que classifica as informações. Porém, um conhecimento supersegmentado, como o de especialistas, incapaz de contextualizá-lo, não é capaz de atingir este dito de PASCAL: “É necessário conhecer as partes para entender o todo, mas é necessário conhecer o todo, para entender as partes”.

Estamos vivendo num período em que o conhecimento só se torna significativo quando está situado no seu contexto.

O terceiro significado tem a ver com inteligência, consciência ou sabedoria. A inteligência é a arte de vincular conhecimento de maneira útil e pertinente; consciência e sabedoria envolvem reflexão.

Alguns estudiosos situam a sociedade informacional no contexto de uma sociedade pós-moderna, em razão de que o *modus operandi* vivido hodiernamente encaminha para um modo além da modernidade, em que tecnologias, sejam elas de informação, comunicação ou outras, já estão, de certa maneira defasadas.

Santos e Moraes (2014, p. 276) afirmam, quanto a pós-modernidade, que esse termo possui um significado filosófico que exprime a percepção de que se vive, hodiernamente, de um modo diferente do que se vivia antes, do modo de viver na modernidade. Na pós-modernidade, a tecnologia, inclusive, está saturada, motivo pelo qual foram impressas manifestações que não são tão positivas como esperado.

Nesse sentido, a sociedade

[...] é informacional porque a produtividade e a competitividade de unidades ou agente nessa economia (sejam empresas, regiões ou nações) dependem basicamente de sua capacidade de gerar, de processar e aplicar, de forma eficiente a informação baseada em conhecimentos. É global por que as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho matéria-prima, administração, informação, tecnologia e mercados) estão organizados em escala global, diretamente ou mediante uma rede de conexões entre agentes econômicos. É rede porque, nas novas condições históricas, a produtividade é gerada, e a concorrência é feita em uma rede global de interação entre redes empresariais. (CASTELLS, 2003, p. 119).

As relações pessoais e interpessoais, assim como as relações entre indivíduos e Estados e entre os próprios Estado, bem como a economia, a cultura, a educação, os ideais, também foram alvos das mudanças advindas com o novo paradigma de sociedade, a sociedade informacional.

No tocante, em específico, a economia local e global, essas passaram por um processo de remodelação e o que se vê hoje, na sociedade informacional, é uma mudança da economia que antes era baseada na produção industrial e que agora é baseada nas informações.

Segundo Castells (2003, p. 210),

[...] o surgimento da economia informacional global se caracteriza pelo desenvolvimento de uma nova lógica organizacional que está relacionada com o processo atual de transformação tecnológica, mas não dependente dele. São a convergência e a interação entre um novo paradigma tecnológico e uma nova lógica organizacional que constituem o fundamento histórico da economia informacional. Contudo, essa lógica organizacional manifesta-se sob diferentes formas em vários contextos culturais e institucionais.

A sociedade informacional aponta para uma sistemática de geração e propagação do conhecimento e de ideais fundamentados na educação, em consequência disso, essa sociedade informacional tornou-se a base para a produtividade e para o alcance do poder, e que também denominada como “sociedade em redes”, o que difere de uma sociedade de informação, cujo objetivo é, “somente”, a transmissão do conhecimento.

Nesse diapasão, a sociedade informacional necessita de mecanismos competentes e flexíveis e que tenham certa influência econômica, social, política, cultural, para, além de tudo, propagar o conhecimento. Nesse sentido, podem ser indicadas como um aporte válido para a propagação das informações e do conhecimento as chamadas bases de dados.

As bases de dados, também denominadas como bancos de dados, podem ser consideradas um conjunto de arquivos que são relacionados entre si e que estão dispostos, de maneira organizada, em algum meio, o qual independe a forma, cujo conteúdo contém algum significado inerentes a ela. (BITTENCOURT, 2004, p. 2).

Para Silveira (2003, p. 2), uma base de dados compreende “uma coleção de dados com determinada organização de arquivos e registros, num meio computacional”. De acordo com o mesmo autor, geralmente, “se confunde um banco de dados com seu próprio sistema de administração. Um sistema de administração de bases de dados é um programa utilizado para efetuar o armazenamento, a recuperação e o tratamento dos dados de uma determinada base de dados”. (SILVEIRA, 2003, p. 2).

Afirma-se, também, que as bases de dados são “um conjunto de informações referentes a um determinado setor do conhecimento humano, [...] organizado por meio de programas de computadores especialmente para esta finalidade” (Wachowicz, p. 13), podendo ser empregada e manuseada de diversas maneiras, tendo aplicações distintas a depender do objetivo que se deseja alcançar com a utilização delas.

Antonio-Enrique Luño (1996, p. 137-140 *apud* Wachowicz, p. 13) aponta a existência de três modelos de bancos de dados:

- A) Bases de dados hierárquicas (*hierarchical data bases*), nas quais os dados estão organizados através de relações de hierarquia que podem representar-se de forma estruturada a partir de uma raiz comum;
- B) Bases de dados reticulares (*network data bases*), nas quais as distintas informações se organizam através de uma pluralidade de pontos de acesso;
- C) Bases de dados relacionais (*relational data bases*), nas quais os dados se estruturam sistematicamente em relações homogêneas que permitem ao usuário selecionar e adaptar às suas necessidades operativas.

Consoante Bittencourt (2004, p. 1), existem bases ou bancos que pode conter dados, conhecimento e informações. Os dados representam “fatos, conceitos ou instruções de maneiras formalizadas, adequadas para comunicação, interpretação ou processamento por pessoas ou meios automatizados. Já informações é o “significado que as pessoas associam aos dados através de convenções usadas em sua interpretação, enquanto que conhecimento é o “discernimento, critério, apreciação prática de vida, experiência”.

Existe outra classificação, também, das bases ou bancos de dados que é a que se refere a originalidade ou não-originalidade daquelas e se referem à seleção e à

organização dos dados. Para essa classificação, Silveira (2003, p. 3) parte do pressuposto que deve ser considerada a diferença entre coleção de dados e os dados em si³⁶, pois, mesmo que exista uma base de dados, ou seja, um conjunto de informações, que não esteja em domínio público, os fatos contidos nela estão.

Desta feita, para o referido autor, “uma obra é considerada original quando é uma criação independente do autor (não é cópia de outra obra) e tenha um mínimo de criatividade”. Contudo, é imprescindível deixar claro que a originalidade é diferente de novidade, pois “uma obra pode ser original mesmo quando seja muito similar a outra, desde que a similaridade seja fortuita e não resultado de cópia. Disto decorre que não se pode reivindicar originalidade para simples fatos ou dados”. Ou seja, “a originalidade é pedra fundamental na proteção autoral (ou do *copyright*), que assegura ao autor o direito à sua expressão original [...]”. (SILVEIRA, 2003, p. 3).

Ainda, as bases ou bancos de dados podem ser compostos de duas formas, que é por meio de dados brutos ou por dados enriquecidos. Ou seja, dados brutos constituem-se por uma linguagem codificada, como, por exemplo, é o caso das datas, das localizações geográficas, entre outros, sendo que, por estarem codificadas, não suportam modificações – contribuições intelectuais ou criativas – por aqueles que pretendem transmitir o conteúdo. Já os dados enriquecidos, ao contrário, são suscetíveis de serem modificados – sofrerem contribuições intelectuais ou criativas – por parte daqueles que transmitem o conteúdo, sendo considerados, no caso, os autores. (LIMA, 2004, p. 49).

Identificam-se, ainda, as bases de dados multimídias, que são aquelas que englobam elementos distintos, como, por exemplo, textos, áudios, imagens, os quais, devidamente integrados e sincronizados, podem englobar planilhas, gráficos, mapas, ou textos e imagens animadas. (LIMA, 2004, p. 49).

Por serem arquivos eletrônicos com dados e informações determinados e organizados para facilitar a consulta, esses podem possuir conteúdos variados, como, por exemplo, dados culturais, jurisprudenciais, comerciais, educacionais.

Assim sendo, apesar de ser importante a propagação do conhecimento, por meio das bases ou bancos de dados, também é de suma importância que os criadores e propagadores desse conhecimento tenham garantida a proteção jurídica pelos

conteúdos criados e inseridos nesses acervos, pois, “o avanço na ciência dá impulso à necessidade de formas de proteção [...] com o fim de abarcar as novas tecnologias” (BOFF, 2009, p. 27).

Desta feita, a proteção jurídica das criações intelectuais também é objeto da proteção autoral, um ramo do direito da propriedade intelectual³⁷. Sobre direito de propriedade intelectual, Boff (2009, p. 30), aduz que

A propriedade intelectual não está restrita a uma área do conhecimento determinada, pois trabalha com interfaces disciplinares criando interlocução entre os criadores. Assim, ela perpassa o direito, a economia, as artes, a ética e outras áreas do conhecimento, exigindo um trabalho compartilhado de especialistas. É uma ferramenta que conjuga interesses variados na sociedade: por um lado, os interesses do criador de ter o reconhecimento de sua obra na sociedade e, por outro, a sociedade que toma conhecimento de sua criação. [...]. Importa à propriedade intelectual a representação do poder criativo do homem, “das novas ideias, invenções e demais expressões criativas, que são essencialmente o resultado da atividade privada”.

Assim sendo, no próximo tópico serão verificadas as possibilidades da proteção jurídica das bases de dados no Brasil.

³⁷ De conformidade com o artigo 2º, inciso VIII, da Convenção que instituiu a Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI (em inglês, WIPO), órgão considerado autônomo dentro do sistema das Nações Unidas - ONU, assinada em Estocolmo, na Suécia, em 14 de julho de 1967 e modificada em 2 de outubro de 1979, propriedade intelectual pode ser considerada como sendo a “[...] soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas, científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”. ONU. Convenção que institui a Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Disponível em: <http://www.marcaspatentes.pt/files/collections/pt_PT/1/2/10/Conven%C3%A7%C3%A3o%20da%20OMPI.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2017.

³⁶ Nesse sentido, Silveira aponta a ideia de dados como, também, sinônimos de fatos.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS BASES DE DADOS

Nesse novo paradigma da sociedade informacional a tecnologia é intrínseca. Nesse seguimento, faz-se necessário, apesar da liberdade existente, um papel ativo do Estado para a devida garantia dos direitos, como, por exemplo, o direito à propriedade material e imaterial.

A propriedade intelectual é necessária para a proteção de muitos direitos imateriais, especialmente, os relacionados às novas tecnologias de informação e comunicação. Assim, “um sistema de propriedade intelectual permite incentivar a geração de novas tecnologias, produtos, processo e oportunidades comerciais, promove um ambiente legal que aumenta a segurança e a confiança das empresas incentivando as transações comerciais”. (BOFF, 2009, p. 38-39).

Para Wachowicz (p. 4)

As novas Tecnologias da Informação não são simplesmente ferramentas a serem aplicadas, mas processos a serem desenvolvidos. Pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, não somente um elemento decisivo no sistema produtivo. A discussão acerca da propriedade intelectual dessas novas tecnologias culmina com a transformação e criação de novos bens intelectuais, inéditos na história da humanidade.

Seguindo nesse segmento das novas tecnologias de informação e comunicação, em especial, as bases de dados, que são acervos organizados contendo materiais, sejam arquivos e/ou registros, ou seja, são um conjunto unificado de informações disponíveis por meio informáticos, também merecem a devida proteção jurídica.

A discussão acerca da proteção jurídica, assim como o devido resguardo das bases ou bancos de dados é de suma importância, uma vez que as nossas vidas são afetadas, diretamente, pelas tecnologias dos bancos de dados. Afirma-se que “os bancos de dados computadorizados são vitais para o funcionamento das organizações modernas”. (MANNINO, 2008, p. 3).

Silveira (2003, p. 5) somente serão objeto de proteção jurídica, tanto no âmbito nacional como internacional, as bases de dados originais, ou seja, “[...] aquelas

que constituem criação intelectual [...]”, aquela compilação de dados ou fatos que possui uma seleção e organização original”. Ao contrário, aquelas bases que não constituem criação intelectual, que são denominadas de bases de dados não originais, conseqüentemente, não possuem proteção autoral.

No tocante à proteção jurídica no âmbito internacional, as bases ou bancos de dados são protegidas, em geral, por duas convenções sobre direitos autorais: a Convenção de Berna e o Acordo Trips. Há, também, especialmente, no âmbito internacional, o intuito de que seja criada uma proteção específica para as bases de dados, uma proteção *sui generis*, em razão do alto valor dado às informações e ao conhecimento, que, atualmente, o direito autoral não alcança.

Assim, claramente, observa-se que as novidades em tecnologias permitem extrair uma quantidade substancial de dados para constituir uma nova base de dados que terá um conteúdo idêntico, mas que, sendo diferente pela seleção ou pela composição, não constituirá uma contrafação no sentido do direito de autor, quanto às bases de dados originais. É, portanto, necessário proteger por vez os investimentos dos fabricantes das bases de dados não originais e de impedir a extração dos dados das bases originais. O que resulta em um direito *sui generis* aplicável as bases de dados, quer sejam ela originais ou não. (ZIBETTI, 2002, p. 57, *apud* LIMA, 2004, p. 50).

O intuito de ser concebido uma proteção específica, a proteção *sui generis*, adveio da concepção de que a proteção dada às bases de dados pelo direito autoral é incipiente e, e de certa forma, em muitas situações, ineficaz, uma vez que “o direito do autor requer a proteção de uma obra intelectual, deixando de fora o conteúdo meramente informativo” (Keunecke, 2002). Nesse sentido, Keunecke (2002) considera que uma proteção específica – a proteção *sui generis* – passaria a englobar, “[...] exatamente estes dados que não constituem um conteúdo necessariamente criativo ou intelectual. Protege-se o conteúdo por ele mesmo, objetivando a salvaguarda do investimento”.

Todavia, apesar de ser imprescindível o estudo da proteção jurídica internacional das bases de dados, uma vez que o Brasil é signatário dos dois acordos anteriormente relacionados (a Convenção de Berna e o Acordo Trips), como a presente

pesquisa refere-se, em específico, a proteção nacional, a internacional será objeto de futuro estudo.

A proteção legal que integra a noção jurídica das bases de dados desenvolve uma análise relativamente complexa. No Brasil, a proteção das bases ou bancos de dados pode ser visualizada, diretamente, na Lei de Direitos Autorais, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, em específico, no artigo 7º, inciso XIII³⁸, e no artigo 87, caput e incisos³⁹, da legislação mencionada.

De acordo com a leitura feita do artigo 7º da Lei nº 9.610/1998, o qual se refere à tutela das bases de dados é possível afirmar que o respaldo jurídico dado pela legislação brasileira é, meramente, uma segurança que se limita à estrutura daquelas.

Assim, terceiros interessados podem acessar os dados ou fatos contidos nas bases sem a necessidade de autorização do autor, já que a tutela é sobre a estrutura. Contudo, como bem lembra Pimenta (1998, p. 231, *apud* Keunecke, 2002), se os dados contidos nos bancos forem sobre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, é necessária autorização dessas para que o conteúdo seja propagado e/ou acessados por terceiros, sob pena de responsabilidade civil e criminal por parte daquele que “violou” o conteúdo existente na base.

Entretanto, por meio do exame do artigo 87 da Lei nº 9.610/1998, visualiza-se que o autor também possui direitos sobre a estrutura, o funcionamento ou formato da base de dados, o que significa que o autor, ou seja, o titular ou criador do banco possui direitos, inclusive, o de proibir a utilização ou reprodução daquele.

Importante deixar claro que a tutela visualizada na Lei de Direitos Autorais refere-se à estrutura das bases de dados consideradas originais, não englobando

38 Lei nº 9.610/1998 - “Art. 7º: São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

[...]

XIII - XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. [...]” (grifo meu.)

39 Lei nº 9.610/1998 - “Capítulo VII Da Utilização de Bases de Dados. Art. 87. O titular do direito patrimonial sobre uma base de dados terá o direito exclusivo, a respeito da forma de expressão da estrutura da referida base, de autorizar ou proibir:

I - sua reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo;

II - sua tradução, adaptação, reordenação ou qualquer outra modificação;

III - a distribuição do original ou cópias da base de dados ou a sua comunicação ao público;

IV - a reprodução, distribuição ou comunicação ao público dos resultados das operações mencionadas no inciso II deste artigo”. (grifo meu.)

aquelas que contemplem a compilação de informações, as consideradas não originais.

De acordo com as alegações feitas por Wachowicz (p. 18), é necessário o envolvimento de várias pessoas, físicas e jurídicas, com tratamentos e direitos distintos, para o devido desenvolvimento e execução das bases ou bancos de dados. “Assim, para o êxito pleno de uma determinada base de dados – desde a sua criação, desenvolvimento, comercialização até a efetiva utilização de seus dados – interagem três sujeitos de direito em perspectivas distintas de direito, a saber: o autor, o titular e o usuário”, sendo os três envolvidos detentores de direitos.

No tocante aos direitos do autor, são, em regra, os mencionados na Lei de Direitos Autorais, cujos artigos que tratam do tema foram expostos anteriormente, como é o caso do artigo 7º, da Lei nº 9.610/98, que tutela as criações, sendo considerado autor quem cria a base de dados. Todavia, apesar de existir um autor, é possível que exista um titular, sendo que ao titular é garantido o direito de reproduzir a base e o de distribuir como desejar, conforme o contratado⁴⁰.

Alguns estudiosos relacionam, também, nos estudos acerca da tutela das bases de dados a existência do direito do usuário, ou seja, daqueles que acessam e utilizam as indeterminadas bases de dados existentes, uma vez que equiparam os usuários com a ideia de consumidor, do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor⁴¹.

40 Segundo Wachowicz, (p. 19-20) “O autor é sempre a pessoa física criadora de determinada base de dados.. Contudo, o titular poderá ser uma pessoa física ou jurídica ou, ainda, se fruto do esforço singular, a titularidade será individualizada na pessoa do criador, em co-autoria quando concorrem duas ou mais pessoas para a criação; quando se tratar de obra coletiva, embora criada por um grupo de pessoas físicas, a titularidade pertencerá ao contratante que tenha celebrado o contrato para desenvolvimento de uma base de dados – neste caso, o contrato poderá ser de direito privado ou administrativo, isto é, contratados por obra certa especificamente para tal fim, ou ainda, sejam contratos de trabalho celetista ou estatutário desde que igualmente para o fim específico almejado. A pessoa que cria a base de dados possui sua obra protegida na medida em que é titular de direitos autorais. O titular originário da base de dados poderá ser a pessoa física que o criou ou, na hipótese singular da obra coletiva, o organizador, seja ele pessoa física ou jurídica. A titularidade, chamada derivada da base de dados pode ser adquirida por um terceiro em virtude de contrato (intervivos) ou em função de sucessão (mortis causa). O titular derivado adquire alguns direitos sem participação no processo criativo. Assim, no que tange à figura do titular derivado por convenção dos direitos autorais de uma base de dados, seus direitos se resumem ao direito de reprodução da base de dados e ao direito de distribuição nas condições e formas apresentadas em contrato”.

41 Lei nº 8.078/1990 – “ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Nesse sentido, pesquisadores apontam que o usuário seria um detentor de direitos no tocante à utilização e não direitos em relação à estrutura ou o conteúdo inserido.

CONCLUSÃO

É claro que o paradigma de sociedade sofreu modificações. É claro que, hodiernamente, nesse novo paradigma que é a sociedade informacional o conhecimento e as informações são geradas e propagadas de uma maneira como nunca se pensou séculos atrás.

Assim, para a devido resguardo, para a clara garantia da tutela jurídica nesse novo modelo de sociedade, é de suma importância que o direito esteja presente, tanto para regular as questões referentes aos bens materiais, como para tutelar os bens imateriais.

Nesse sentido, é de suma importância para a sociedade informacional, que se utiliza, muitas vezes, dos bancos ou bases de dados para a propagação de novas informações e dos conhecimentos, que o direito, em especial, o ramo da propriedade intelectual, esteja sempre presente.

Enfim, a tutela das bases de dados no Direito Intelectual é imprescindível, pois ela, ao mesmo tempo que protege a criação, o autor, a estrutura das bases de dados, mecanismo útil na sociedade informacional, também proporciona e favorece o estímulo de novas tecnológicas, novos conhecimentos.

Enfim, com a breve pesquisa ficou claro que o direito, em especial o ramo da propriedade intelectual, no Brasil, por meio da Lei de Direito Autoral, tutela, em determinados aspectos, as bases de dados. Uma vez que o tema é, de certa forma, complexo, a presente buscou analisar alguns pontos, sem, contudo, esgotar o tema, o qual, para a devida e clara compreensão, será objeto de novas pesquisas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm >. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm >. Acesso em: 05 ago. 2017.

BOFF, Salete Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento:** inovação, gestão e transferência tecnológica. Passo Fundo: Ed. Imed, 2009.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede.** A era da informação: economia, sociedade e cultura. v. 1. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

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

BITTENCOURT, Rogério Gonçalves. **Aspectos básicos de bancos de dados.** Disponível em: < <https://www.marilia.unesp.br/Home/Instituicao/Docentes/EdbertoFerneda/BD%20-%20Aspectos%20Basicos.pdf> >. Acesso em: 05 ago. 2017.

KEUNECKE, Karla. Das bases de dados: proteção jurídica no âmbito da propriedade intelectual. In: **Revista da ABPI.** n. 57. 2002. Disponível em: < http://ld2.ldsoft.com.br/portal_webseek/detalhe_assuntos.asp?gint_assunto=10&gint_materia=335&gint_pagina=13&gint_pagina_pesquisa=28 >. Acesso em: 12 ago. 2017.

LIMA, João Ademar de Andrade. A base de dados como objeto de proteção do direito autoral. In: **Revista Spei.** Sociedade Paranaense de Ensino e Informática. v. 5. n. 1. jan/jun. Curitiba: Faculdades Spei, 2004. p. 47-51.

MANNINO, Michael V. **Projeto, desenvolvimento de aplicações & administração de bancos de dados.** Tradução de Beth Honorato, Diana Prairo, Lizandra Moura, Suely Sonoe. 3. ed. Porto Alegre: AMGH Editora Ltda, 2008.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática.** Coimbra: Almedina, 2000.

SANTOS, Gilberto Lacerda; MORAES, Raquel de Almeida. A Educação na Sociedade Informacional: anotações provenientes de uma pesquisa de natureza filosófica. In: **Filosofia e Educação.** v. 6. n. 2. 2014. p. 266-289.

SILVEIRA, Clovis. **Bancos de dados originais e não originais**. Disponível em: <http://www.interpatents.com.br/pdfs/csilveira_bancos_dados.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

WACHOWICZ, Marcos. **A proteção jurídica das bases de dados em face da revolução da tecnologia da informação**. Disponível em: <<http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo-base-dados-marcos-wachowicz.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

5

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE CONEXÃO À INTERNET PELOS DANOS DECORRENTES DOS CONTEÚDOS DISPONIBILIZADOS AOS CONSUMIDORES

THE CIVIL RESPONSIBILITY OF INTERNET CONNECTION PROVIDERS FOR DAMAGES ARISING FROM THE CONTENTS AVAILABLE TO CONSUMERS

*Laura Covatti dos Santos⁴²
Rafaela Baldissera⁴³*

Resumo: O presente estudo tem como objetivo analisar a responsabilização civil dos provedores de conteúdo da internet, como fornecedores de serviços. Assim,

42 Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões do Poder. Pós-graduada em Direito Civil – Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera. Passo Fundo/RS. Brasil. E-mail: lauracovattidossantos@gmail.com.

43 Mestre em Direito pela Faculdade Meridional (IMED), linha de pesquisa Mecanismos de Efetivação da Democracia e da Sustentabilidade. Bolsista Capes. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF), linha de pesquisa Jurisdição Constitucional e Democracia. Especialista em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Meridional (IMED). Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Previdenciário, Direito Civil e Direito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera Uniderp. Integrante do Grupo de Pesquisa Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade. Integrante do Grupo de Pesquisa Desafios da Sustentabilidade na Era Tecnológica: (Im)Possibilidade comunicacional e seus impactos na Saúde e Meio Ambiente. Passo Fundo/RS. Brasil. E-mail: rafaela_baldissera@hotmail.com.

utilizando-se do método dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, esse trabalho ostenta a problemática: qual o alcance da responsabilidade civil dos provedores de conexão à internet pelos danos decorrentes dos conteúdos disponibilizados aos consumidores? A pesquisa inicia com uma abordagem jurisprudencial, seguindo para a análise da legislação consumerista acerca da responsabilidade civil por danos causados a terceiros, em relação aos conteúdos criados na internet. Por fim, verifica-se como os incapazes respondem pelos seus atos ilícitos no ambiente virtual.

Palavras-chave: Consumidor; Internet; Responsabilidade Civil.

Abstract: The present study aims to analyze the civil responsibility of Internet content providers as service providers. Thus, using the deductive method and the bibliographic search technique, the work has the following problem: what is the scope of civil responsibility of internet connection providers for damages resulting from the contents made available to consumers? The research begins with a jurisprudential approach, followed for the analysis of the consumer legislation about the civil responsibility for damages caused to third from the contents created in the internet. Finally, it is verified how the incapacitates respond by their illicit acts in the virtual environment.

Keywords: Consumer; Internet; Civil Responsibility.

INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia, o uso da internet tem se tornado rotineiro, trazendo benefícios e malefícios aos seus usuários. Geralmente, os ambientes virtuais propiciam uma grande exposição da vida pessoal e profissional de seus atores sociais, havendo a possibilidade de direitos serem violados, atacando-se a honra, a imagem e a dignidade da pessoa humana. Por isso, mostra-se a necessidade da existência de normas jurídicas para dirimir os danos causados a terceiros.

A partir dessa perspectiva, este artigo tem como objetivo principal analisar a responsabilização civil dos provedores de conteúdo da internet, como fornecedores de serviços. Quanto aos objetivos específicos busca-se: a) realizar uma análise jurisprudencial acerca da responsabilidade civil por danos causados a terceiros, em decorrência de conteúdos criados na internet; b) analisar se a legislação consumerista tem aplicação às relações entre provedores de conteúdo da internet e terceiros lesados; c) verificar a responsabilidade civil dos incapazes pelos atos ilícitos praticados por meio de conteúdo da internet.

O problema jurídico formulado para a presente pesquisa questiona: qual o alcance da responsabilidade civil dos provedores de conexão à internet pelos danos decorrentes dos conteúdos disponibilizados aos consumidores? A hipótese para essa indagação sugere que, primeiramente, seja analisada a natureza jurídica dos provedores de serviços de internet, para que, após, possa ser configurada a existência da relação de consumo e, conseqüentemente, serem definidos os limites da responsabilidade civil por danos causados a terceiros, por meio da legislação consumerista e da Lei do Marco Civil da Internet.

Portanto, o estudo considerou o método dedutivo a partir de uma contextualização teórica, norteadas em pesquisa bibliográfica para demonstrar a realidade jurídica, buscando, na jurisprudência, uma resposta plausível para solucionar as dúvidas que surgem diante da responsabilidade civil na internet. Em ato contínuo, busca-se averiguar como o Código de Defesa do Consumidor é aplicado nas relações entre os provedores de conteúdo da internet e seus consumidores. Ao arremate, analisa-se a responsabilidade civil dos incapazes, que por vezes acarreta a responsabilidade dos pais pelos seus filhos menores.

BREVE CONCEPÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Num primeiro momento, cumpre esclarecer a concepção de responsabilidade civil para o Direito, mais precisamente para o ramo do Direito Civil brasileiro. Assim, pode-se afirmar que a mesma contempla inúmeras espécies e sentidos, todavia, o seu aspecto de realidade social não deixa de se fazer presente. Nesse sentido, a

responsabilidade indica a busca por equilíbrio de determinada situação após o dano causado. (GONÇALVES, 2016, p. 19-20)

Por sua vez, o vocábulo responsabilidade civil, usado na linguagem jurídica, designa “[...] uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar [...] de acordo com os interesses lesados”. (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2017, p. 51) Seguindo esse raciocínio, Pamplona Filho e Gagliano acrescentam que os danos poderão ser reparados pelo sujeito que os praticou, existindo a possibilidade de incidir uma punição pessoal à figura do agente. (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2017, p. 51)

Nesse cenário, observa-se que a responsabilidade civil⁴⁴ pode ser objetiva ou subjetiva. Nas palavras de Rodrigues, a objetiva equivale à teoria do risco⁴⁵ pelo fato de que independe de culpa. Nesse sentido, basta que haja nexos de causalidade entre o dano e o ato praticado. Diferentemente, o autor revela que a responsabilidade subjetiva se baseia na culpa, ou seja, o dever de indenizar outrem somente se origina a partir da conduta do sujeito. (RODRIGUES, 2003, p. 09)

De tal forma, Braga destaca que o Código Civil de 2002 dispõe que o ato ilícito deve ser reparado pelo causador do dano, recepcionando, assim, a responsabilidade subjetiva ao elucidar os seus pressupostos na redação do artigo 186⁴⁶, quais sejam, conduta do agente, nexos causal, dano e culpa, combinado com o artigo 927⁴⁷. Com isso, conforme o autor e o Código Civil, a principal diferença entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva está na configuração do elemento culpa. (BRAGA NETTO, 2009, p. 17)

Nesse sentido, entende-se que o direito dá respaldo legal à responsabilidade civil a fim de ser feita justiça, ou seja, amparando a vítima que foi lesada em virtude

44 A responsabilidade civil pode ser contratual e extracontratual, depende da qualidade da violação. A contratual se configura quando, existente o vínculo obrigacional, uma das partes não cumpre o que fora acordado com a outra, gerando o dever de indenizar. No entanto, a responsabilidade extracontratual surge da ausência de relação jurídica entre as partes, em virtude de lesão a direito subjetivo entre o ofensor e a vítima (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 38).

45 Para Rodrigues, a responsabilidade objetiva se iguala à teoria do risco, porque “[...] aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa” (RODRIGUES, 2003, p. 9).

46 Artigo 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

47 Artigo 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

de algum fato causado por outrem. Nessa perspectiva, implica para a presente pesquisa o estudo da incidência ou não da responsabilidade civil quando os provedores de conexão à internet disponibilizam conteúdos aos consumidores, resultando em danos a terceiros.

A internet foi criada para compartilhar informações de forma ilimitada, no entanto, Paesani salienta que “[...] as autoridades judiciárias estão presas às normas e instituições do Estado e, portanto, a uma nação e a um território limitado. Configura-se o conflito e a dificuldade de aplicar controles judiciais na rede e surge o problema da aplicação de regras”. (PAESANI, 2014, p. 21)

Realizando a análise jurisprudencial, observou-se o Agravo em Recurso Extraordinário que recebe matéria de repercussão geral de nº 660861⁴⁸. No presente caso, o Google foi condenado a indenizar a recorrida por danos morais, visto que havia sido criado, por terceiros, material apontado como ofensivo por meio de uma rede de relacionamentos. Consequentemente, o agravante foi obrigado a remover a página da rede de computadores. (Brasília, STF, ARE 660861. Relator: Min. Luiz Fux, 2012)

Neste passo, o recorrente alegou não ser parte legítima, pois tal página não foi criada por ele, afirmando que a responsabilidade seria do terceiro que praticou a conduta danosa, não podendo responder por tais danos a ponto de ter que indenizar a recorrida. (Brasília, STF, ARE 660861. Relator: Min. Luiz Fux, 2012). Em contrapartida, o julgador contrariou o exposto pelo recorrente afirmando que:

Não há como prosperar a preliminar alegada pela recorrente, pois o prestador de serviços de um site de relacionamento que permite a publicação de mensagens na internet, sem que haja um efetivo controle, ainda que mínimo, ou dispositivos de segurança para evitar que conteúdos agressivos sejam veiculados, sem ao menos possibilitar a identificação do responsável pela publicação, deve responsabilizar-se pelos riscos inerentes a tal empreendimento. Observa-se que a responsabilidade neste caso é apurada de forma objetiva, tendo em vista

48 GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE. (ARE 660861 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 22/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 06-11-2012 PUBLIC 07-11-2012). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28660861.NUME.+OU+660861.PRCR.%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pbcd39y>. Acesso em: 21 jul 2017.

a incidência do Código de Defesa do Consumidor. [...] O fato do conteúdo ora discutido ter sido elaborado por terceiros não exclui a responsabilidade da recorrente em fiscalizar o conteúdo do que é publicado e se os usuários estão observando [sic] as políticas elaboradas pelo próprio site. (Brasília, STF, ARE 660861. Relator: Min. Luiz Fux, 2012)

Importa compreender que “[...] O provedor de serviços de Internet é a pessoa natural ou jurídica que fornece serviços relacionados ao funcionamento da Internet, ou por meio dela”. Portanto, o chamado provedor de acesso e/ou conexão fornece serviços de interação à internet aos consumidores, inclusive, cita-se alguns dos principais provedores de conexão à internet da atualidade: NET, Brasil Telecom, operadoras de telefonia celular, entre outras. (LEONARDI, 2012, p. 82-83)

Portanto, analisado o julgado acima, compreende-se que o provedor de conteúdo da internet não se exime da responsabilidade de fiscalizar o que está sendo publicado pelos seus usuários/consumidores. Não importa se o material disponível virtualmente tenha sido exposto por um terceiro, cabe aquele acompanhar e tomar as devidas providências pelos danos causados.

De tal modo, observa-se na sequência a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos casos que envolvam a responsabilidade civil dos provedores de conexão à internet, como fornecedores de serviços, pelos prejuízos originados de conteúdos disponibilizados aos consumidores.

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS RELAÇÕES ENTRE PROVEDORES DE CONTEÚDO DA INTERNET E TERCEIROS LESADOS

Nos dias atuais, a sociedade está tendo acesso à internet com mais frequência, significando um facilitador da comunicação por ser um meio eletrônico capaz de aproximar as pessoas. Desse modo, observa-se que a aplicabilidade da legislação consumerista às relações entre provedores de conteúdo da internet e seus consumidores.

Para Leonardi, “[...] a responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet por seus próprios atos varia conforme o tipo de atividade prestada e os

deveres porventura impostos pela legislação local”. (LEONARDI, 2012, p. 126) Significa dizer, conforme Leonardi, que a natureza jurídica da atividade prestada pelos provedores de serviços de internet deve ser analisada para configuração da responsabilidade civil. (LEONARDI, 2012, p. 126)

Não obstante, além da análise jurisprudencial da seção anterior demonstrar a relação de consumo no serviço prestado por intermédio da rede social, observou-se que a responsabilidade civil do Google, no referido caso, deve ficar restrita à natureza da atividade⁴⁹ que por ela é desenvolvida no site, a qual corresponde a provedoria de conteúdo, disponibilizando na rede as informações encaminhadas por seus usuários, ora consumidores⁵⁰.

O Código de Defesa do Consumidor faz abordagens sobre a responsabilidade civil⁵¹ em seu texto legal, no entanto, para a presente pesquisa importa analisar a situação dos provedores de conexão à internet. Por isso, Khouri explica que:

[...] através da Internet, inúmeras relações de consumo se concretizam, seja através da contratação eletrônica, seja em decorrência de danos à saúde, à segurança e à própria vida, que também podem ser praticados via *web*. A regra básica, [...] a qual sujeitam-se as pessoas físicas ou jurídicas, entidades assistenciais ou uma organização religiosa, é que ninguém pode causar injustificadamente danos a terceiros com sua atividade. Em ocorrendo tais danos injustificáveis, o causador, seja quem for, tem o dever de indenizá-los ao terceiro prejudicado. (KHOURI, 2013, p. 205) (grifo do autor)

O Código de Defesa do Consumidor só dará proteção se existir a relação jurídica de consumo, sendo requisitos, “[...] estar presente um consumidor, como destinatário final de bens e serviços, e um fornecedor⁵², que com habitualidade e

49 Para Andriighi e Guariento será “[...] indiscutível existência de relação de consumo no serviço prestado pelas redes sociais online, a sua responsabilidade deve ficar restrita à natureza da atividade por elas desenvolvida, que, como visto, corresponde à típica provedoria de conteúdo, disponibilizando na Internet as informações encaminhadas por seus usuários”. (ANDRIGHI; GUARIENTO, 2014, p. 237) (grifo do autor)

50 Artigo 2 - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)

51 Nas palavras de Sanseverino, “A responsabilidade do fornecedor de produtos e de serviços foi notavelmente ampliada no sistema normativo do CDC. Porém essa responsabilidade objetiva foi estabelecida de forma mitigada, uma vez que o microsistema normativo acolheu diversas causas pelas quais o fornecedor pode tentar excluir ou atenuar a sua responsabilidade”. (SANSEVERINO, 2010, p. 279)

52 Artigo 3 - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (Brasil. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990)

profissionalidade fornece bens e serviços ao mercado”, assevera Khouri. (KHOURI, 2013, p. 37)

Pelo exposto, os provedores de conexão à internet são considerados fornecedores de serviços, seguindo a relação jurídica de consumo do Código de Defesa do Consumidor e os usuários se encaixam como consumidores, de forma que, a análise jurisprudencial da seção anterior já enfatizava que prevalece, naquele caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a aplicação da responsabilidade civil objetiva, equiparando-se a regra deste Código.

Neste sentido, a Lei nº 12.965/14, Lei do Marco Civil da Internet, surge com uma significativa inovação para o mundo contemporâneo, embasando legalmente a responsabilidade civil por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros na internet, de acordo com o que dispõe o artigo 18 e seguintes. (Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014). Da mesma forma, visa estabelecer os princípios, as garantias, os direitos e os deveres para o uso adequado da Internet no Brasil. (Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014)

Nesse impasse, o artigo 18 dessa lei preceitua que o provedor não será responsável civilmente pelos prejuízos gerados por terceiros, entretanto, o artigo seguinte⁵³ alude uma exceção à regra, pois caberá responsabilização quando, após ordem judicial, não for retirado o conteúdo do meio eletrônico a fim de impedir a censura. (Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014)

Cabe mencionar que esta Lei também pune o provedor de internet que publicar material introduzido por terceiros quando não há autorização de participantes em aparições (vídeos, imagens, entre outros) que contenham cenas de nudez ou atos sexuais, violando a dignidade da pessoa humana. Nesse caso, o artigo 21 estabelece que a responsabilidade será subsidiária e incidirá quando o conteúdo permanecer disponível mesmo após notificação por pessoa responsável. (Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014)

Assim, percebe-se que a legislação vigente vem acompanhando a transformação social, pois não raramente ocorrem situações de exposições danosas do sujeito no âmbito virtual. Destaca-se que quando a divulgação ilícita se dá por meio da

⁵³ Artigo 19 - Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (Brasil. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014)

internet, permanecendo de livre acesso ao público, torna-se possível acionar o Poder Judiciário para solucionar o litígio.

Com amparo nos ensinamentos de Andrighi e Guariento, essa integração social e cultural que a internet proporciona tem se propagado com a globalização, no sentido de que:

As redes virtuais atuam como provedoras de conteúdo, pois o *site* disponibiliza informações, opiniões e comentários de seus usuários. Esses usuários criam páginas pessoais (perfis), por meio das quais se relacionam com outros usuários e integram grupos (comunidades), igualmente criados por usuários, nos quais se realizam debates, viabilizando o compartilhamento de conhecimentos, interesses e esforços voltados a objetivos comuns. Entretanto, à medida em que as redes sociais *online* se propagam, crescem as dúvidas quanto aos limites de sua utilização, notadamente no que se refere ao conteúdo dos perfis criados e das informações postadas e até onde vai a responsabilidade do provedor pelo controle e fiscalização desses dados. (ANDRIGHI, GUARIENTO, 2014, p. 235) (grifos do autor)

Portanto, a internet tornou-se um objeto de utilização pública e cotidiana, independentemente de raça, meio social, nacionalidade e, inclusive, idade. Partindo desse raciocínio, questiona-se sobre a incidência ou não da responsabilidade civil dos incapazes que tenham praticado atos ilícitos no meio virtual. Por isso, a finalidade da próxima seção será observar os preceitos legais e doutrinários sobre o assunto.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INCAPAZES E OS ATOS ILÍCITOS PRATICADOS EM DECORRÊNCIA DO CONTEÚDO DA INTERNET

Depois de verificada a existência da relação de consumo entre os provedores de conexão à internet e os consumidores, alcançando a reparação de danos aos terceiros lesados, inclusive, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Marco Civil da Internet, depreende-se a necessidade de analisar essa perspectiva sob o fundamento da legislação brasileira e da doutrina em detrimento dos atos ilícitos praticados na rede virtual pelos incapazes.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 928 dispõe que o incapaz responderá pelos danos que causar a outrem se porventura os seus responsáveis não tiverem obrigação ou não possuírem condições suficientes de arcar com a indenização. Em seguida, o parágrafo único, do referido artigo, complementa enfatizando que a reparação dos danos pelo incapaz deverá ser justa, pois o incapaz ou as pessoas dele dependentes não podem passar por necessidades. (Brasil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

Na concepção de Cavalieri Filho, “O representante legal só responde quando o ato ilícito do incapaz, pelas circunstâncias concretas em que foi praticado, determinaria a obrigação de indenizar e se realizado por pessoa plenamente capaz”. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 274) Na verdade, o representante responderá pelo incapaz, como se incapaz fosse, por isso, os pais, tutores ou curadores, mesmo sendo pessoas capazes de exercer seus atos na vida civil, responderão de modo que se equipare a um incapaz. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 274)

Para Begalli, a responsabilidade civil dos pais, pelos danos praticados por filhos menores, trata-se de uma obrigação conhecida como responsabilidade extracontratual. Nesse caso, os responsáveis, ou seja, os pais assumem as responsabilidades dos seus filhos que são incapazes, seja em razão da irregularidade na vigilância ou carência na educação. (BEGALLI, 2005, p. 2-3)

Ademais, Cavalieri Filho ressalta que, quando menores, os filhos serão representados pelos seus responsáveis legais, de modo que

[...] os pais são responsáveis pela reparação civil dos danos causados pelos filhos menores. O objetivo da norma é aumentar a possibilidade de a vítima receber a indenização, já que o menor, ordinariamente, não tem patrimônio próprio suficiente para reparar o dano. Observa-se, todavia, que os pais só são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia. Essa espécie de responsabilidade tem por fundamento o **vínculo jurídico legal** existente entre pais e filhos menores, o **poder familiar**, que impõe aos pais obrigações várias, entre as quais a de assistência material e moral (alimentos, educação, instrução) e de vigilância, sendo esta nada mais que um comportamento da obra educativa. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 276) (grifos do autor)

Cumprido salientar que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, determinou como adolescente a pessoa cuja faixa etária seja entre 12 e 18 anos de

idade. Para tanto, aquele que tiver 12 anos⁵⁴ já pode ser responsabilizado pelos danos que tenha ocasionado, reparando a vítima pelo seu ato ilícito. (BRAGA NETTO, 2009, p. 443)

Em virtude disso, Nader informa que, para o Código Civil Brasileiro incidirá a responsabilidade civil independentemente de culpa, assim sendo, “[...] presume a culpa dos genitores e não admite prova em contrário. [...] Entre sacrificar o direito alheio ou impor aos pais o dever de reparação, a Lei Civil adotou a segunda opção”. (NADER, 2016, p. 179)

Com toda a globalização e recursos disponíveis à população, as pessoas, inclusive os incapazes, em sua grande maioria, têm a possibilidade de possuir algum objeto eletrônico passível de comunicação. Nesse sentido, questiona-se sobre a dimensão de conteúdos lançados na internet e como se daria o acompanhamento das publicações pelo provedor de conexão.

Não obstante, Andriighi e Guariento opinam que “[...] exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam trataria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje são amplamente difundidos” à sociedade e, ainda, que esse acompanhamento exagerado traria consigo consequências negativas. (ANDRIGHI; GUARIENTO, 2014, p. 239)

Dessa forma, evidencia-se o amadurecimento da concretização da responsabilidade civil dos provedores de conexão à internet pelos danos causados a terceiros, em decorrência de conteúdos disponibilizados aos consumidores. Como também, os incapazes civilmente responderão subsidiariamente pelos seus atos ilícitos praticados, quando os pais, tutores ou curadores não tiverem como indenizar os lesados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a analisar o alcance da responsabilidade civil dos provedores de conexão à internet, visto que em vias de conclusão, pode-se afirmar que incidirá tal responsabilidade depois de observada a natureza jurídica dos prestadores de serviços.

⁵⁴ Artigo 2 - Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. (Brasil. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)

Além disso, compreendeu-se, a partir do estudo, que, a internet passou a ser o meio de veiculação de informações e de comunicação entre as pessoas, podendo refletir positivamente ou negativamente na vida das pessoas, dependendo do modo que será utilizado por seus consumidores. Ocorre que, os meios virtuais dão liberdade para que as pessoas interajam com outras, bem como opinem e divulguem imagens que, muitas vezes, não foram autorizadas.

Nos dias atuais, pessoas de várias idades e lugares do mundo têm acesso às redes de comunicação virtual. Contudo, não raramente, o meio empregado pelo usuário não é condizente com a sua real finalidade, acarretando prejuízos à dignidade da pessoa humana. Por isso, constata-se que o uso da internet será negativo quando atacar a imagem e honra de qualquer pessoa.

A abordagem da análise jurisprudencial exemplificou um caso relevante e atual para a sociedade, pois, frequentemente, são constatadas situações em que jovens são vítimas de ofensas, perturbações e publicações de imagens pessoais por usuários anônimos em sites de relacionamentos. Observa-se por meio de notícias, em jornais e revistas, que jovens acabam tirando a própria vida quando fotos ou vídeos particulares em que estão envolvidos são lançados na rede.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e a Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) foram referidos como instrumentos hábeis para solucionar os conflitos que surgem na web. Assim, o provedor de aplicações de internet será responsabilizado quando, após ordem judicial, não forem tomadas medidas cabíveis para impedir a censura.

A pesquisa também trouxe a elucidação da responsabilização dos incapazes pelos atos ilícitos que tenham cometido, visto que cada vez mais as crianças, jovens e adolescentes estão tendo contato com esse novo meio de comunicação que é a internet. Verificou-se a aplicação da responsabilidade subsidiária dos seus representantes legais (pais, tutores e curadores), os quais serão obrigados a indenizar a vítima quando o incapaz não dispuser de meios suficientes para esse fim.

Portanto, considerando que as pessoas tem sido alvo de exposições maliciosas pela internet de forma exacerbada, resta necessário encontrar providências cabíveis que protejam os vulneráveis. Por isso, a alternativa encontrada depois desse estudo condiz com a responsabilização do provedor de conexão à internet pela publicação de conteúdos originados de atos ilícitos.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy; GUARIENTO, Daniel Bittencourt. A responsabilidade civil das redes sociais virtuais pelo conteúdo das informações veiculadas. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy (Coord.). **Responsabilidade civil e inadimplemento no direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2014.

BRAGA NETTO, Felipe P. **Responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 21 jul. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21 jul 2017.

_____. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 21 jul 2017.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo em recurso extraordinário nº 660861**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília. Julgado em 22/03/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28660861.NU-ME.+OU+660861.PRCR.%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pbcd39y>. Acesso em: 21 jul 2017.

BEGALLI, P. **Responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LEONARDI, Marcel. Internet: elementos fundamentais. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade dos provedores de serviços de internet por seus próprios atos. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na internet e nos demais meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 7: responsabilidade civil**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, v. 3: responsabilidade civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

6

AS PATENTES VERDES COMO PRÁTICA DA SUSTENTABILIDADE

*Flávia Holz Angst⁵⁵
Salette Oro Boff⁵⁶*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo debater acerca das patentes verdes como um mecanismo para a sustentabilidade. Para discussão do tema, abordou-se, num primeiro momento, um conceito amplo de patente, para após expor o debate sobre as inovações tecnológicas e a sustentabilidade, destacando a importância da criação do Programa Patentes Verdes no Brasil. O sistema de Patentes Verdes é destacado como geradores da inovação que busca a produção de tecnologias que não ocasionem agressões ao meio ambiente e como decorrência, promovem a sustentabilidade. O estudo traz ainda a abordagem sobre a concessão das patentes verdes e o exame prioritário ter se tornado um serviço definitivo do Instituto de Propriedade Intelectual.

Palavras-chave: Patentes. Patentes Verdes. Sustentabilidade.

Abstract: This work aims to debate green patents as a mechanism for sustainability. For the theme's discussion, it is approached, at first, a broad concept of patent, in order to expose the debate about technological innovations and sustainability,

⁵⁵ Graduanda em Direito no Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC-CNEC/IESA), vinculada ao projeto de pesquisa "Patentes verdes como política indutora do desenvolvimento sustentável". E-mail: angstf@ymail.com.

⁵⁶ Pós-Doutora em Direito-UFSC. Doutora em Direito-UNISINOS. Professora e pesquisadora do IESA e UFFS.

highlighting the importance of creating the Green Patents Program in Brazil. The Green Patents' system is highlighted as generators of innovation which aim for technology production not being environmentally aggressive, and thus sustainable. The study also brings the approach on the concession of green patents and the priority examination having become a definitive service of the National Institute of Intellectual Property.

Keywords: Patents. Green Patents. Sustainability.

INTRODUÇÃO

O estudo aborda inicialmente definições sobre o que são patentes, sua evolução, os tipos e os requisitos para sua patenteabilidade, levando-se em conta que no Brasil inúmeras tecnologias são fabricadas e com isso, foi preciso criar a respectiva proteção ao invento e aos inventores.

Com a grande demanda de pedidos de patentes, no ano de 2012 foi criado pelo Instituto Nacional da Propriedade Intelectual - INPI, o Programa Patentes Verdes, que traz o incentivo à concessão de patentes que não provocam agressão ao meio ambiente e assim acarretam em um controle dos recursos naturais existentes.

As chamadas tecnologias verdes trazem a instigação na criação de tecnologias que buscam a sustentabilidade, trazendo benefícios para o inventor e também para a população que a usufrui, pois traz a busca por um meio ambiente preservado, assim como soluções efetivas na busca pela sustentabilidade.

Assim, esse programa tem como objetivo acelerar o exame e concessão das patentes verdes, bem como instigar a criação de novas tecnologias que busquem esse mesmo fim, trazendo mais desenvolvimento econômico e tecnológico em conjunto com a sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS PATENTES

Segundo definição do Instituto Nacional da Propriedade Intelectual –INPI, patente é “um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação.”. Com essa garantia, o inventor ou detentor da patente “tem o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar produto objeto de sua patente e/ou processo ou produto obtido diretamente por processo por ele patenteado”. (2016, s.p)

O direito de patente, a partir da Revolução Francesa evoluiu, acompanhando a inovação e gerando o desenvolvimento. Foi operacionalizado pela burguesia, que formou um direito de patente com fundamentos mais objetivos.

A Convenção União de Paris representou um marco fundamental na história das patentes, e trouxe pontos básicos como o da prioridade, da independência e da igualdade (FURTADO, 1996, p. 94), além de que harmonizou as legislações internacionais sobre o conteúdo das invenções e proporcionou ao autor o direito a propriedade imaterial. (BOFF; BOFF, p. 31, 2017).

No Brasil, as patentes ganharam uma repartição federal própria por volta de 1933, o Departamento Nacional da Propriedade Industrial (DNPI). Isso se deveu à fértil criatividade brasileira e as mudanças ocorridas pela 2ª Guerra Mundial, que acelerou o processo de industrialização e dessa forma estimularam a busca de invenções. (BRASIL, s.p)

Na década de 70, com o respaldo do regime militar, através da lei nº 5.648 de 11 de dezembro de 1970, vindo a substituir o antigo DNPI, foi criado o Instituto da Propriedade Industrial (INPI), autarquia federal ligada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, que trouxe mudanças no campo das patentes. No mesmo ano, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), agência que se empenha na progressiva atualização de padrões internacional de proteção às criações intelectuais em âmbito mundial. (ONUBR, 2016).

Outro marco importante foi no ano de 1974, quando a Convenção da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), tornou-se uma das agências das Nações Unidas para gerenciar questões de propriedade intelectual, com sede em

Genebra, onde a maior parte dos acordos são firmados. O principal objetivo consiste em proporcionar a “constante atualização e proposição de padrões internacionais de proteção às criações internacionais”. (OMPI).

A lei nº 9.279 de maio de 1996, chamada Lei da Propriedade Industrial, trouxe adaptações à legislação nacional às normas internacionais, como o Trade Related Intellectual Property Rights (TRIPS-ADPIC) que faz parte dos acordos que compõem a Organização Mundial do Comércio (OMC). É considerado um instrumento de uniformização “pelo qual a comunidade internacional procura reduzir tensões, equilibrar ou pelo menos tentar contrabalancear entre os Estados-partes, por meio de compromissos, a solução de controvérsias, a respeito do comércio, por meio de procedimentos multilaterais” (DEL’OLMO, MELEU, SILVEIRA, 2008, p.23).

Também assinou o acordo internacional particular à proteção da propriedade industrial, a Convenção de Paris, em 1996 que, segundo Lucas Rocha Furtado, configurou o marco “fundamental na história das patentes”, designando pontos básicos como “o da propriedade; [...] o da independência; [...] o da igualdade”. (1996, p. 94).

Afirma Denis Borges Barbosa (2010, p. 295). que a patente “em sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia.”. Como compensação pelo “acesso ao público ao conhecimento dos pontos essenciais do invento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo” trazendo a estimativa de que seja “socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade do fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária do direito”.

As patentes asseguram o direito temporário de propriedade a respeito das invenções, também apontada como direito dos inventores, em razão de garantir um direito sobre a invenção; e os modelos de utilidade, sendo ele sobre produtos e processos.

O direito dos inventores vem elencado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º inciso XXIX o qual dispõem que: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, [...], tendo em conta o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.”.

A patente de invenção, conforme aduz Salette Oro Boff (2009, p. 42)., “visa reconhecer legalmente a autoria de uma solução nova para um problema técnico, a

qual é passível de aplicação em escala industrial”. Dessa forma, segundo Dahyana Siman Carvalho da Costa (2005, s.p.), a invenção pode ser definida como uma solução para um novo problema técnico, executável em escala industrial, ato original do gênio humano. A invenção somente poderá ser patenteável se unido a ela dispuser alguma atividade inventiva tal como a descoberta de uma função específica e relevante.

Para concessão da patente de invenção é preciso que a invenção siga requisitos, sendo eles o da novidade, da atividade inventiva e da aplicação industrial. O requisito da novidade define que as invenções que não são abrangidas pelo estado da técnica, que é o que não é voltado ao público, no uso qualquer meio de exposição, até o depósito da patente. Além disso, segundo Boff (2009, p. 42), determina-se que a nova prática produza “elementos positivos em relação ao estado anterior (experiência tradicional de um grupo)” para que haja um valor positivo.

A atividade inventiva pressupõe que a coisa deve se derivar da atividade intelectual do autor. Assim, dispõe o art. 13 da Lei nº 9.279 de 1996 que ela “ocorre sempre que para um técnico do assunto não decorra de maneira óbvia ou evidente o estágio atual da técnica”. Sendo assim, é necessário que o inventor demonstre como chegou àquela solução, devendo ser resultado obra de criação sua, possuindo um efeito novo e impressado.

Ainda dentro dos requisitos citados, o invento necessita ter aplicação industrial, devendo voltar-se diretamente a invenção que é realizada em alguma operação industrial. Logo, poderá ser capaz de função industrial se a invenção for sujeita de ser fabricada ou empregada em qualquer espécie de indústria.

Além desses três requisitos determinados pela legislação, existem outros que compreendem da prática dos órgãos patentários, da jurisprudência e dos autores, segundo traz Denis Borges Barbosa (2010), sendo eles a ação humana, a possibilidade de reprodução, a unidade de invenção e o conceito inventivo.

A ação humana é a condição de que haja atuação humana sobre a natureza e não somente uma descoberta de leis ou fenômenos naturais. A possibilidade de reprodução, que possui dois conceitos atrelados, sendo o primeiro o que diz respeito à natureza da tecnologia, sobre a qual reflete o invento permita a reprodução do bem ou serviço conforme descrito e o segundo é que a descrição conceda que o “técnico da arte possa repetir o invento (reproduzibilidade) requisito hoje encerrado no art. 26 do CPI/96, como exigência de validade da patente.” Por último, a unidade de

invenção, que traz que “o pedido da patente de invenção terá que se referir a uma única invenção ou a um grupo de invenções inter-relacionadas de maneira a compreenderem um único conceito inventivo.” (BARBOSA, 2010, p. 338-339).

A patente de modelo de utilidade é concedida para objetos de uso prático, que sejam resultado de uma nova forma ou estruturação e trazem aperfeiçoamentos em sua funcionalidade, uso ou fabricação. É uma inovação de um produto já inventado, portanto dispõe de proteção autônoma em relação à invenção cuja serventia foi reestruturada.

As patentes precisam ser requeridas no Instituto Nacional da Propriedade Intelectual – INPI, sendo que, para que um terceiro explore um objeto patentado, é necessário de possua autorização ou licença do titular, pois a patente concede ao inventor benefício econômico por haver exclusividade temporária do direito sobre o bem.

Quem pode requisitar a patente é o autor do invento e, havendo mais que um, poderá ser por um ou todos, por meio de nomeação e qualificação dos demais para retificação de seus direitos. A proteção atribuída para a patente de invenção é de 20 anos e para a de modelo de utilidade é de 15 anos, sendo que o prazo médio de julgamento é em torno de 5 anos.

PATENTES VERDES E SUSTENTABILIDADE

Preceitua Nivaldo dos Santos que a tecnologia é “o mais importante instrumento de desenvolvimento atual da economia de um país” sendo que o avanço tecnológico “proporciona novos métodos de produção, aumento da produtividade, geração de riquezas e melhoria da qualidade de vida da população”. (2014, s.p.)

As atividades de inovação tecnológica podem ser definidas como “o conjunto de diligências científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras e comerciais, incluindo o investimento em novos conhecimentos” tais quais destinam-se a levar à implementação de produtos e de processos novos ou melhorados. (ORGANIZAÇÃO, 2002, p. 23).

A Constituição Federal de 1988 traz a responsabilidade estatal quanto ao tratamento conferido à ciência e tecnologia, dispondo em seu art. 218, caput, que “o

Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, sendo assim compromissos dos entes federados.

Além disso, incluiu-se o conteúdo da propriedade industrial na Constituição Federal, no título relativo aos direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, inciso XXIX abarca além dos direitos dos autores, a matéria sobre a propriedade industrial, dispondo que visam o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Tem-se então, que as inovações, definidas na Lei nº 13.243/2016 como “a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, serviços ou processos”, sejam elas científicas como tecnológicas, instigaram o desenvolvimento, considerado de forma ampla.

Assim, Marcos Wachowicz (2008, p. 302) refere-se que “[...] as novas tecnologias, ao afetarem a estrutura e o funcionamento de distintos segmentos da sociedade, geram novas possibilidades e desenvolvimento social, que seriam inimagináveis sem a contribuição tecnológica, bem como impensáveis sem a sua materialização no corpo social”.

Ainda, o art. 219 da Constituição prevê que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

Consequentemente, as inovações se inserem no suprimento das necessidades humanas, mas, com isso, passou-se a levar em conta o meio ambiente equilibrado e o uso das fontes renováveis de energia. Assim, a questão traz a criação de mecanismos legais com o objetivo de efetivar a proteção conferida às inovações nessa área, tal como a busca por um modelo de desenvolvimento sustentável ou pela sustentabilidade, levando em conta o fato de o atual modelo de desenvolvimento econômico e tecnológico ter fatigado as possibilidades de sistematização da comunidade e o equilíbrio dos recursos naturais, que trouxeram ameaça a qualidade de vida da população. (CARVALHO; ADOLFO, 2013, p. 180).

A respeito da sustentabilidade, preceituam Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar (2013, p.112) que “foi inicialmente construída a partir de uma tríplice dimensão: ambiental, social e econômica” e que, no paradigma atual da “sociedade do conhecimento, é imprescindível que seja adicionada a dimensão tecnológica, pois

é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável”.

O objetivo da sustentabilidade constitui em promover a estabilidade do desenvolvimento econômico com a exploração ambiental, através do ínfimo de degradação do meio ambiente, além de assegurar para as presentes e futuras gerações um meio ambiente que não apresente riscos de danos e que atenda as exigências da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 traz no seu capítulo VI, o qual trata do meio ambiente, uma série de práticas que norteiam o desenvolvimento sustentável. O art. 225 caput dispõe que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...], impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Assim, referido como um princípio deve possibilitar o desenvolvimento social, político, econômico e cultural, sempre beneficiando a conservação da qualidade de vida da população.

O art. 170 da Constituição rege que

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Dessa maneira, a sustentabilidade deve ser compreendida a partir do conjunto dos elementos ecológicos, sociais, econômicos e tecnológicos, baseadas no meio ambiente e nos direitos fundamentais, envolvendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o desenvolvimento sustentável e a concretização dos direitos sociais. (CRUZ; BODNAR, 2013, p.49). Isso tudo, trazendo a compatibilização da atividade econômica com a proteção ao meio ambiente.

Assim sendo, recursos estatais surgem como alternativas capazes de ampliar a atividade científica e tecnológica das invenções, por conta da progressiva procura por modos alternativos, que visam aliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental é que se fomentou a criação de tecnologias verdes. Estas são caracterizadas como proporcionadoras de inovações nos procedimentos e na

criação de produtos capazes de diminuir consideravelmente ou eliminar impactos degradantes ao meio em que são utilizadas. (SANTOS; OLIVEIRA, 2014, p. 300).

Com o objetivo de instigar a inovação de tecnologias que possibilitam o cuidado com o meio ambiente, o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual - INPI criou o programa Patente Verdes, que se desenvolve para as invenções tecnológicas obterem melhor controle dos recursos naturais e do meio ambiente, contribuir para as mudanças climáticas globais, isso tudo visando acelerar o exame dos pedidos de patentes relacionados a tecnologias voltadas para o meio ambiente. (INPI, 2016, s.p).

As patentes verdes, conforme disposto no anexo da resolução nº 175 de 05 de novembro de 2016, englobam energias alternativas, transportes, conservação de energia, gerenciamento de resíduos e agricultura. Além disso, as invenções são aperfeiçoadas a partir de métodos e materiais para a geração do artefato que acarretam menos impacto ambiental.

A Convenção do Clima, que aconteceu durante a Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, trouxe o entendimento de que a instigação à criação de novas tecnologias que tenham relação com o desenvolvimento sustentável traz o reflexo da formação de tecnologias verdes, que foram chamadas de tecnologias ambientalmente amigáveis e conceituadas como “tecnologias de processos e produtos que geram poucos ou nenhum resíduo, para a prevenção da poluição”. Tais, “utilizam todos os recursos de uma forma mais sustentável, que reciclam mais resíduos e produtos, e ainda, que tratam os dejetos residuais de uma maneira mais aceitável”. (Ministério do Meio Ambiente, s.p.).

O objetivo da criação das patentes verdes deve-se a promoção do desenvolvimento de tecnologias aliadas à preservação do meio ambiente, proporcionando acelerar o exame do pedido de patentes que se enquadrem nessa definição, além de provocar o reconhecimento de novas tecnologias que possam ser logo utilizadas, acarretando um maior estímulo para os inventores e a inovação.

Nesse sentido é que Reis et al,(2012, p. 09). afirmam que os principais objetivos das patentes verdes são o de “acelerar o exame de pedidos que se enquadram nas definições adotadas para tecnologias verdes e na legislação vigente; maximizar o apoio a invenções e poderiam ter um impacto nas mudanças ambientais” além de “oferecer às empresas inovadoras em tecnologias verdes a chance de obter patentes em menor tempo, traduzindo-se em maior segurança jurídica durante as negocia-

ções”, tudo isso incentivando o “desenvolvimento, à transferência de tecnologia e à comercialização de tecnologias verdes no Brasil” bem como estimulando “à pesquisa e ao desenvolvimento científico doméstico das tecnologias verdes” e propiciando “segurança jurídica ao depositante em mesas de negociações”.

Pode-se afirmar que as patentes verdes tonam-se efetivas no incentivo ao desenvolvimento da inovação e capazes de impulsionar o desenvolvimento sustentável, alterando o estilo de produção e as consequências ambientais futuras.

As patentes verdes são inseridas também como parte de medidas que buscam o combate da poluição que causam as mudanças climáticas em nosso meio ambiente, pois potencializam o suporte a invenções que trazem um aspecto positivo para o combate das alterações climáticas e não poluam, fazendo com que sejam avaliadas e concedidas com mais rapidez.

CONCESSÃO DE PATENTES VERDES

No ano de 2009, uma série de países, entre eles alguns mais industrializados como os Estados Unidos, Japão e Canadá efetivaram programas pilotos, com o principal objetivo de promover a rapidez e prioridade na tramitação dos pedidos de patentes verdes.

No ano de 2012, foi realizada no Brasil, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, chamado de Rio +20, oportunidade em que os países se reuniram para transmitir suas experiências de inserção dos programas pilotos de patentes verdes.

Assim, por intermédio do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, o Brasil introduziu em 17 de abril de 2012 o seu próprio programa piloto de patentes verdes, por meio da Resolução PR 283/2012 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). O conceito que envolvia essa atividade piloto encontrou um enquadramento das características pretendidas por proporcionar a compreensão de “universo controlado”, onde cada movimento administrativo e operacional conseguisse ser acompanhado proximamente e a interação fosse mais intensa. (REIS; OSAWA; MARTINEZ; MOREIRA; SANTOS, 2012).

Além disso, foram relacionadas ações para configuração do modelo do Programa Piloto de Patentes Verdes no Brasil, sendo a primeira delas a de estabelecer procedimentos para definir o que são as patentes verdes, o estudo de ações mundiais em prol do meio ambiente como, por exemplo, o Protocolo de Kyoto; definir o conceito de tecnologias verdes; analisar os programas similares no âmbito do Governo Federal. Também; utilizar o Inventário Verde da OMPI, definindo classificações caracterizadas como tecnologias verdes e que sejam compatíveis com a realidade tecnológica e jurídica do Brasil e averiguar a existência de critérios e procedimentos de outros Programas de Patentes Verdes em outros escritórios de propriedade industrial existentes no mundo, observando demandas como número de reivindicações, critérios de seleção, etc. (REIS et al, 2012).

A Resolução, em seu art. 2º estabeleceu que “entende-se por pedidos de Patentes Verdes os pedidos de patentes com foco em tecnologias ambientalmente amigáveis ou ditas tecnologias verdes”, essas tecnologias são dispostas no anexo publicado pela OMPI e excluem áreas administrativas, regulamentadoras ou de aspectos de design e de geração de energia nuclear.

O procedimento para submissão de um pedido de patentes verdes deve ser por meio de preenchimento de formulário próprio e, além disso, o depositante deve ter notificação de publicação na Revista da Propriedade Industrial (RPI) ou a publicação do pedido deve ser antecipada a requerimento do depositante. O exame do pedido deve ser requerido pelo depositante ou por qualquer interessado e o exame prioritário estratégico deve ser requerido apenas pelo depositante e não ter recebido exame técnico regular ou ter sido propósito de outro exame anterior.

Em um primeiro momento será analisada a natureza do pedido, sendo que no Programa Patentes Verdes são apenas admitidas patentes de invenção. São consideradas aptas para participar do programa, conforme já citadas, as invenções que englobam energias alternativas, transporte, conservação de energia, gerenciamento de resíduos e agricultura, sendo que para realizar a solicitação, tais devem abarcar no máximo 15 reivindicações, das quais arranjadas em até três reivindicações independentes.

O gráfico a seguir, de atualização até 14 de julho de 2015, demonstra a quantidade de pedidos em análise nesse período, o qual haviam 52 pedidos deferidos de uma quantidade de 305 notificações de patentes verdes.

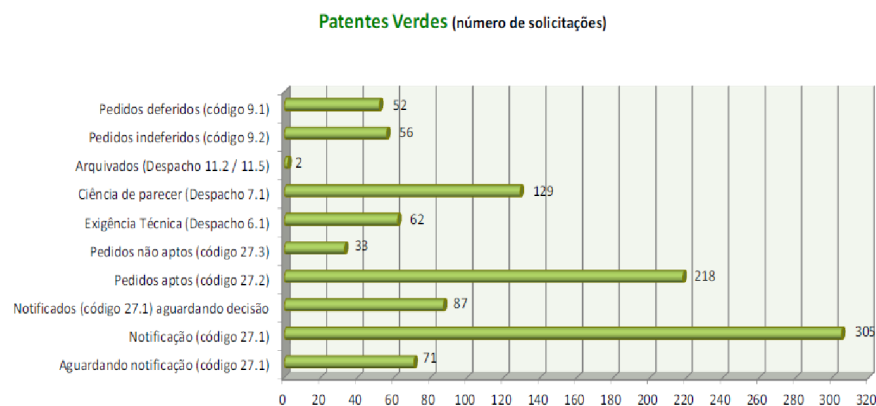


Figura 1 - Dados Referentes do programa patentes verdes, indicadores quantitativos do programa até 14 de julho de 2015. Fonte: INPI

A terceira fase do programa piloto de Patentes Verdes encerrou em 16 de abril de 2016, assim, o exame prioritário de Patentes Verdes passou a ser um serviço definitivo do INPI, conforme Resolução PR 175/2016.

Fazendo uma comparação com dados de concessão das patentes verdes no ano de 2016, que houve um total de 110 pedidos deferidos de 428 notificações, é possível notar a maior adesão do Programa pelos inventores, além de que a proposta apresentada de redução do prazo para análise foi efetivamente cumprida.

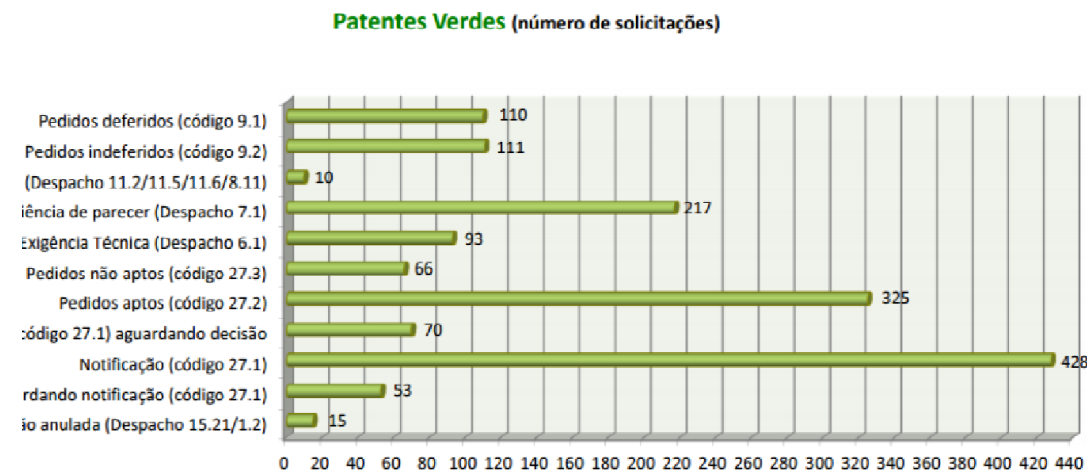


Figura 2 - Dados referentes ao programa patentes verdes, indicadores quantitativos do programa até 25 de agosto de 2016. Fonte: SUZIN. MARCANZONI; BITTENCOURT, 2016

A sistemática da patenteabilidade verde tem o intuito de salvaguardar as tecnologias ambientalmente amigáveis, buscando a concessão da patente em tempo mais ágil que o usual o que acaba instigando o desenvolvimento de invenções menos prejudiciais ao meio ambiente. (SANTOS; OLIVEIRA, 2014, p. 300).

Assim, Fernanda Altvater Richter entende que a redução significativa no tempo de análise dos pedidos de patentes verdes é muito benéfica aos titulares e à comunidade científica, no parâmetro que as novas tecnologias são reveladas à sociedade de maneira eficiente e rápida, evitando o período de sigilo como previsto na legislação (Lei 9.279/96, art. 30). (2014, p. 387)

Outra diferença que a agilidade na concessão de patentes verdes apresenta é o motivo de seus titulares oferecerem a nova tecnologia no mercado também em menor tempo que o normal. Tudo isso, levando em consideração o apelo ambiental e a necessidade imediata de novas tecnologias relacionadas nesse objeto, à redução no prazo de concessão pode motivar a concorrência no desenvolvimento de novas tecnologias também sustentáveis, estimulando processos de inovação com mais rapidez entre seus concorrentes. (RICHTER, 2014, p. 387).

CONCLUSÃO

A patente é um título oficial que confere direitos de privilégio e uso exclusivo sobre uma invenção como garantia ao inventor e detentor da patente. Assim, traz a proteção ao autor do invento e possibilita terceiros a ter acesso mediante retribuição. Mostra-se essencial no Brasil viabilizar o registro de patentes, como meio de promover o desenvolvimento de novas tecnologias, garantindo a retribuição aos criadores.

Diante das considerações abordadas no presente trabalho, é possível afirmar que é fundamental a criação de novas tecnologias verdes pelo benefícios ao meio ambiente, reduzindo o impacto negativo pelo uso de fontes de energia poluidoras, por exemplo.

O Programa Patentes Verdes, criado pelo INPI, traz benefícios no sentido que é executado buscando a aceleração do exame técnico e da concessão das chamadas tecnologias verdes. Igualmente determina um cronograma para dispor das patentes, levando menos tempo para sua concessão. Com essa redução de tempo na análise é possível que as novas tecnologias cheguem ao mercado, por meio de licenciamentos e outros, com maior rapidez fazendo com que os inventores busquem a identificação de novas tecnologias.

Assim, encontrar um meio para diminuir o tempo de espera da concessão de patentes se mostra uma das maneiras de estimular os inventores a patentarem suas invenções, além disso, ajudado na promoção da economia verde e da sustentabilidade, a favor do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. 2 ed. 2010. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/livros/umaintro2.pdf>>. Acesso em: 02 jan 2017.

BOFF, Salette Oro. **Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica**. Passo Fundo: IMED, 2009.

_____; BOFF, Vilmar Antonio. **Patente: privilégio temporário do inventor**. BOFF, Salette Oro. FORTES, Vinícius Borges. MENEGAZZO, Andre Fraudaloso. TOCHETTO, Gabriel Zanatta. (orgs.). **Propriedade intelectual: marcos regulatórios**. Erechim: Deviant, 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio Exterior / Instituto Nacional de Propriedade Industrial. **Patentes: história e futuro**. INPI. Disponível em: <www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf>. Acesso em: 21 dez 2016.

_____. **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: 10 jan 2017.

_____. **Lei nº 13.243 de 11 de janeiro de 2016**.

Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/13243.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

CARVALHO, Sonia Aparecida de; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Sustentabilidade e tecnologia: perspectivas para o direito contemporâneo**. In: BOFF, Salette Oro; FORTES, Vinícius Borges; PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito e desenvolvimento sustentável: A (necessária) proteção jurídica da biotecnologia e a (necessária) regulamentação do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais**. Passo Fundo: IMED, 2013.

COSTA, Dahyana Siman Carvalho da. **Propriedade Industrial**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 23, set 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=246>. Acesso em: 07 jan 2017.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo (Orgs.). **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; MELEU, Marcelino; SILVEIRA, Joceli Antônio Mossati. **A proteção da propriedade intelectual no âmbito internacional e as relações com o direito internacional privado**. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salette Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (orgs.). **Propriedade Intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania**. São Paulo: Fundação Boteiux, 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

INDUSTRIAL, Instituto Nacional da Propriedade. **Perguntas frequentes: Patente**. 2016. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/servi_cos/perguntas-frequentes-paginas-internas/perguntas-frequentes-patente#patente>. Acesso em: 05 dez 2016.

_____. **Patentes Verdes**. 14 dez 2016. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/patentes-verdes-v2.0>>. Acesso em: 29 jan 2017.

_____. **Patentes verdes**: indicadores quantitativos do projeto piloto. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/arquivos>>. Acesso em: 07 abril 2017.

_____. **Resolução nº 175, de 05 de novembro de 2016**. Disciplina o exame prioritário de pedidos de “Patente Verde”. Ministério da Indústria, comércio exterior e serviços. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/arquivos-dirpa/Resoluon1752016_Patentesverdes_21112016julio_

docx.pdf>. Acesso em: 04 fev 2017.

Ministério do Meio Ambiente. **Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Cap. 34. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/destaques/item/714>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

OMPI, Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/ompi/>>. Acesso em: 28 dez 2016.

ONUBR, Nações Unidas do Brasil. **OMPI**: Organização Mundial da Propriedade Intelectual. 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/ompi/>>. Acesso em: 10 dez 2016.

ORGANIZAÇÃO para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Manual de Frascati**: metodologia proposta para levantamentos sobre pesquisa e desenvolvimento experimental. OCDE, 2013.

REIS, Patricia Carvalho dos; OSAWA, Cibele Cristina; MARTINEZ, Maria Elisa Marciano; MOREIRA, Júlio Cesar Castelo Branco Reis; SANTOS, Douglas Alves. **Programa das patentes verdes no Brasil**: Aliança Verde entre o Desenvolvimento Tecnológico, Crescimento Econômico e a Degradação Ambiental. Disponível em: <http://www.altec2013.org/programme_pdf/1518.pdf>. Acesso em 25 fev. 2017.

RICHTER, Fernanda Atlvater. **As patentes verdes e o desenvolvimento sustentável**. Revista Meio Ambiente e Sustentabilidade. V. 6, nº 3, p. 383-394. Jul- dez 2014. Disponível em: <<http://www.uninter.com/revistameioambiente/index.php/meioAmbiente/issue/view/17/showToc>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

SANTOS, Nivaldo dos. **Patentes verdes como mecanismo de desenvolvimento sustentável**. Faculdade Alfredo Nasser, 2014. Disponível em: <www.faculdadalfredonasser.edu.br/files/.../Patentes%20verdes.pesquisar.2014.pdf>. Acesso em: 20 jan 2017.

_____; OLIVEIRA, Diego Guimarães de. A patenteabilidade de tecnologias verdes como instrumento de desenvolvimento sustentável. Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba. Nº 37, Curitiba, v. 4, p. 294-310, 2014. Disponível em: <revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/1051/738>. Acesso em: 24 jan 2017.

SUZIN, Querli Polo; MARCANZONI, Ana Paula Mansan; BITTENCOURT, Rafael Sortica de. **Registro de patentes no Brasil com foco nas Patentes Verdes**. Anais da XVI Mostra de Iniciação Científica, Pós-graduação, Pesquisa e Extensão. Conferências UCS, 2016. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/mostraucsppga/xvi-mostrappga/paper/viewFile/4844/1718>> .

WACHOWICZ, Marcos. **Reflexões sobre a revolução tecnológica e a tutela da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

7

LA INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL 242-IP-2015 DEL TRIBUNAL ANDINO: SOBRE LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA SOLICITAR INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL Y LA APLICACIÓN DE LOS REQUISITOS DE REGISTRABILIDAD A LA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA

THE PRELIMINARY RULING 242-IP-2015 OF THE ANDEAN COURT
OF JUSTICE: ON THE ACTIVE LEGITIMACY OF ADMINISTRATIVE
AUTHORITIES TO REQUEST PRELIMINARY RULING AND THE
REGISTRATION REQUIREMENTS APPLIED TO TACTILE MARKS

Juan Manuel Indacochea⁵⁷

Palavras-chave: Funcionalidad, juez nacional, marca táctil, Principio de Autonomía, representación gráfica, textura de uso común.

⁵⁷ Abogado de la PUCP. Consultor interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). Máster en Derecho Internacional en la Universidad París Nanterre y Máster en Derecho de la Propiedad Intelectual en el CEIPI de la Universidad de Estrasburgo. Cuenta con publicaciones académicas en varios idiomas y conferencias realizadas en diversos países.

Keywords: Functionality, National Judge, Tactile Mark, Principle of Autonomy, Graphic Representation, Texture of common use.

Resumem: El 24 de agosto de 2015, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 242-IP-2015⁵⁸, sobre la marca táctil o de textura consistente en la superficie de la botella de whisky “Old Parr”, decisión que constituye el primer pronunciamiento de un tribunal o corte internacional referido a una marca táctil o de textura. El presente ensayo analiza la aplicación de los principales requisitos de registrabilidad a este nuevo tipo de marca, a la luz de la citada decisión; así como el desarrollo jurisprudencial previo, relativo a la legitimidad activa de las autoridades administrativas para solicitar interpretaciones prejudiciales facultativas, primera cuestión tratada en la interpretación prejudicial objeto del presente estudio, en virtud de haber sido solicitada por la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

Abstract: On August 24 2015, the Andean Court of Justice issued the Preliminary Ruling 242-IP-2015, on the tactile mark consisting in the surface of the whisky bottle “Old Parr”. This decision is the first one rendered by an international court of justice about tactile marks. This paper analyzes the application of the main registration requirements to this new type of mark, in the light of the mentioned Preliminary Ruling. It also explains the previous jurisprudential development, concerning the active legitimacy of administrative authorities to request facultative preliminary rulings. That is the first question addressed in the aforementioned Preliminary Ruling, because it was requested by an administrative authority of Colombia.

58 Interpretación prejudicial del TJCA pronunciada en el Proceso 242-IP-2015 de 24 de agosto de 2015, marca: Textura superficie “Old Parr”. Cabe indicar que, para la elaboración de la citada decisión, se empleó como referencia, entre otros documentos, el artículo publicado en *Ius Inter Gentes* N° 11: Indacochea Jauregui, Juan Manuel, “Marcas no convencionales, no tradicionales, atípicas o simplemente nuevos tipos de marcas”, *Ius Inter Gentes* 11 (Lima, 2015), 141-164.

INTRODUCCIÓN

Según el ex Director adjunto de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, la OMPI), Salvatore Di Palma, las imitaciones de sellos más antiguas datan de 8,000 a.C. y fueron descubiertas en cerámicas halladas en China⁵⁹; lo cual demostraría la temprana expansión comercial alcanzada en Oriente, sin dejar de lado otras importantes expansiones comerciales que conllevaron a su vez la extensión del uso de signos distintivos, como en el Antiguo Egipto, Grecia y Roma⁶⁰. Hasta inicios del siglo pasado, los tipos de marcas usados en el comercio eran únicamente la denominativa (constituida exclusivamente por un elemento denominativo), figurativa (constituida exclusivamente por un elemento gráfico) o mixta (consistente en un elemento denominativo y otro gráfico).

59 Di Palma afirma que existen ánforas y vasijas, que contienen imitaciones de sellos, que datarían de 8,000 a.C., las cuales son expuestas en el Museo de la Imitación (“Musée de la Contrefaçon”) de París y en el Museo Británico (“British Museum”) de Londres. Cf. Di Palma, Salvatore, *L’Histoire des marques depuis l’Antiquité jusqu’au Moyen Âge* (París: Société des Écrivains, 2014), p. 334. Véase también, respecto al uso de marcas en sellos de oro o monedas, con dibujos o impresiones únicas en el metal, que identificaban al propietario, en la antigua China. “A Brief History of Trademarks”, <http://www.clickandcopyright.com/blog/a-brief-history-of-trademarks/> (consultada el 6 de julio de 2017).

60 David Rogers sostiene que existen dos orígenes generalmente aceptados de las marcas, los que –según el referido autor– datarían alrededor de 6,000 a.C.: (i) las marcas grabadas en cerámicas y ladrillos, empleadas en Egipto, Grecia, China y Roma; y, (ii) las pinturas rupestres que muestran símbolos en el ganado, por cuanto el término “marca” derivaría de la palabra latina equivalente a “quemar” (“cremare”), siendo el propósito de estas la identificación del propietario en caso de robo, pérdida o mezcla de animales. Cf. Rogers, David, “The History and Purpose of Trademarks”, https://www.swlaw.com/assets/pdf/news/2016/05/17/2016_0516_TheHistoryAndPurposeOf-Trademarks.pdf (consultada el 6 de julio de 2017).

Véase, respecto de las marcas en cerámicas (“Potters marks”), usadas por griegos y romanos para identificar al alfarero o realizador de una obra en particular: Ono, Shoen, “The History of Trademark Law”, en *Overview of Japanese Trademark Law*, 2ª ed. (Tokio: Institute of Intellectual Property, 1999), https://www.iip.or.jp/e/e_publication/ono/ch2.pdf (consultada el 6 de julio de 2017).

Asimismo, cabe señalar que, en la Grecia antigua, Aristófanes ya mencionaba el uso de marcas; mientras que, en la Roma antigua, Juvenal lo hacía en sus “Sátiras”, y Marcial en sus “Epigramas”. Cf. Universalis, “Origine et principes du droit des marques”, <http://www.universalis.fr/encyclopedie/marque-droit/1-origine-et-principes-du-droit-des-marques/> (consultada el 6 de julio de 2017).

Adicionalmente, cabe indicar que, Catón, en su obra “De Agricultura”, comentaba que los vinos griegos, particularmente aquellos de Cos, eran imitados en Italia, para luego ser transportados en ánforas del mismo tipo que las fabricadas en Grecia.

La Oficina de Patentes Irlandesa afirma, por el contrario, lo siguiente: “Las marcas identificables más antiguas (aunque no encuadren en las definiciones contemporáneas de marcas) conocidas son aquellas encontradas en cerámica de Transilvania, que datan de alrededor del año 5,000 a.C.” (“The most ancient identifiable marks (even though they may not fit contemporary definitions of trade marks) known are those reportedly found on some Transylvanian pottery pieces which date back to circa. 5000 BC.”). Irish Patents Office, “Trade Marks – a brief history”, <https://www.patentoffice.ie/en/Student-Zone/Trademarks-a-brief-history/> (consultada el 6 de julio de 2017).

A partir del último siglo, se han venido usando en el comercio nuevos tipos de signos distintivos, a pesar que inicialmente no se hallaban protegidos por el Derecho de marcas. Las clásicas botellas de “Coca Cola”⁶¹ y “Perrier”⁶², el rugido del león de la Metro Goldwyn Mayer Lion Corp.⁶³ o el color de la barra de chocolate “Dairy Milk” (color característico del producto comercializado por Cadbury en el Reino Unido desde 1914⁶⁴), constituyen ejemplos del uso de signos distintivos –por cuanto servían como indicadores del origen empresarial del correspondiente producto– durante el siglo pasado.

En la actualidad, vienen aumentando los registros de nuevos tipos de marcas, entre las cuales llaman particularmente la atención aquellas constituidas por signos no visibles⁶⁵. Al respecto, cabe recordar que, generalmente se clasifican los nuevos tipos de marcas en signos visibles y signos no visibles. En el caso particular de las marcas táctiles, éstas pertenecen al grupo de los signos no visibles y es la superficie lo que da lugar a su reconocimiento y protección, por ejemplo, por tratarse de una textura arbitraria, original o particular.

Cabe destacar que la jurisprudencia previa del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en lo sucesivo, el TJCA) no descartaba la registrabilidad como marcas de signos no visibles, sino que tan solo establecía el requisito de perceptibilidad, entendido como “*la necesidad de que un signo pueda ser apreciado por medio de*

los sentidos”⁶⁶, así como el de representación gráfica, el cual será tratado *in extenso* más adelante.

Sin embargo, hasta la emisión de la decisión objeto de estudio, el único precedente administrativo de otorgamiento de una marca táctil, en un País Miembro de la Comunidad Andina, lo comportaba la marca “Textura Old Parr” registrada a favor de Diageo Brands B.V.⁶⁷ por parte del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI). Sin embargo, en aquella oportunidad, se habría omitido solicitar al TJCA la correspondiente interpretación prejudicial⁶⁸.

En cuanto a los signos no visibles en general, cabe destacar el registro de la marca de sonido del cornetín “D’Onofrio”, registrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) de Perú a favor de D’Onofrio S.A. en virtud a la Resolución 11869-97-INDECOPI/OSD de 11 de septiembre de 1997⁶⁹. Sin embargo, para el otorgamiento del referido registro se habría obviado igualmente solicitar la respectiva interpretación prejudicial. En consecuencia, la decisión objeto del presente estudio constituye

66 Interpretación prejudicial recaída en el Proceso 32-IP-97 de 2 de octubre de 1998, p. 10.

67 Solicitud 140058 de 17 de diciembre de 2003. Registro formalizado en virtud del Título 29597, de 28 de abril de 2004, correspondiente a la marca táctil “Textura superficie Old Parr”, para distinguir bebidas alcohólicas, cuya descripción es la siguiente: “La marca de fábrica solicitada consiste en una textura superficial dura craquelada arrugada, es decir, estriada o rayada en forma de una aglomeración de formas geométricas irregulares que incluyen en su mayoría, pentagramas, romboides y sexagramas, cuyas paredes compartidas miden de longitud entre 3 y 6 milímetros, de altura entre 0.8 y 0.5 milímetros y de grosor entre 0.1 y 1 milímetro. Las paredes y las áreas contenidas dentro de las paredes son lisas. El material en el que se use esta textura normalmente será vidrio”.

68 En cuanto a la interpretación prejudicial, es preciso recordar la sentencia hito dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el caso *Schwarze c/ Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, Asunto 16/65, de 1 de diciembre de 1965, en la cual el TJCE destacó que en virtud de la interpretación prejudicial el órgano jurisdiccional y el Tribunal de Justicia deben cooperar directa y recíprocamente, dentro del ámbito de sus propias competencias, a la elaboración de una resolución con el fin de garantizar la aplicación uniforme del Derecho comunitario en todos los Estados miembros. Es justamente en virtud a la importancia de la interpretación prejudicial como mecanismo de cooperación fundamental para asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario, que la Doctrina sostiene que la misma comporta la “*pedra angular*” del sistema jurídico comunitario. Véase, en ese sentido, Alonso García, Ricardo, “*Sistema jurídico de la Unión Europea*” (Pamplona: Thomson Reuters, 2010). Véase además, Dueñas Muñoz, Juan Carlos, “*La interpretación prejudicial, ¿pedra angular de la integración andina?*”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 17 (Montevideo, 2011), 29-58, <http://www20.iadb.org/intal/catalogo/PE/2012/10015.pdf> (consultada el 6 de julio de 2017).

69 Resolución 11869-97-INDECOPI/OSD de 11 de septiembre de 1997, emitida por la Oficina de Signos Distintivos del INDECOPI (Expediente administrativo 9730319). En la solicitud de registro, como descripción de la marca, se aprecia: “La melodía conforme a la impresión del pentagrama y cassettes adjuntos”, descripción acompañada del correspondiente pentagrama. Cf. Solicitud de marca de 17 de enero de 1997, presentada por D’Onofrio S.A., para distinguir “helados comestibles, confitería, chocolates, galletas, caramelos y demás”, productos comprendidos en la clase 30 de la “Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas” instituida por el Arreglo de Niza.

61 En 1960, la US Patent and Trademark Office (USPTO) concedió un primer registro a favor de The Coca Cola Company de la forma como de la clásica botella curvada acompañada de la denominación Coca-Cola –con la conocida grafía–; mientras que en 1977 otorgó un segundo registro, pero de la forma –marca tridimensional– en sí misma. Cabe indicar que la fórmula del producto continúa siendo un secreto industrial.

62 Registros 863865 y 458476 (USPTO), marca tridimensional y de colores, respectivamente; otorgados a favor de Nestlé Waters.

63 Registro de marca sonora comunitaria –europea– CTM 005170113. Véase, la apelación de la Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation relativa a la solicitud de marca comunitaria 143891, Asunto R 781/1999-4, Decisión de la Cuarta Sala de Apelaciones de la OAMI de 25 de agosto de 2003.

64 Nestlé presentó oposición contra la solicitud de registro de Cadbury en 2008, siendo declarada infundada en primera instancia pero amparada en apelación (por la “*Court of Appeal*”), denegando así el registro de la marca, el 3 de octubre de 2013. En Nueva Zelanda, sin embargo, la Oficina Nacional Competente de marcas consideró que el color es un signo que puede representarse gráficamente, luego de requerir al solicitante que modificara la descripción de signo incluyendo el correspondiente código de color PANTONE®, como especificación del color violeta para distinguir “chocolate en bloques, chocolate en barritas o en tableta” y ser usado predominantemente en la envoltura y el material publicitario. Cf. *Cadbury Ltd c/ JH Whittaker & Sons Ltd*, Asunto T26/2004, Comisionado Adjunto de Nueva Zelanda (IPONZ), 14 de noviembre de 2004, véase además, INTA Trademark Reporter, 13th Annual International Review of Trademark Jurisprudence, Vol. 96, N° 2 (marzo-abril de 2006), 488-489.

65 Véase, al respecto, Indacochea Jauregui, “*Marcas no convencionales, no tradicionales, atípicas o simplemente nuevos tipos de marcas*”, Op. Cit., 146 y ss.

la primera ocasión en que el TJCA se pronuncia acerca de la registrabilidad de signos no visibles.

A nivel internacional, si bien ya se contaba con el registro de algunas marcas táctiles, como la funda morada de la botella de Crown Royal, comercializada desde 1964⁷⁰, consistente en una “textura de terciopelo que cubre la superficie de una botella de vino” (del vino “Khvanchkara”)⁷¹; “un dispensador de fragancia personal esférico semejante a una pelota de baloncesto” que incluye una superficie con *grips*⁷²; o, “un papel con textura de algodón” para distinguir productos de jabón⁷³; ninguno de estos registros supuso la decisión de un órgano judicial internacional. Por lo tanto, la decisión estudiada comporta la primera oportunidad en que un tribunal o corte internacional se manifiesta acerca de una marca táctil o de textura.

Por otra parte, es preciso tratar el tema de la legitimidad activa de las autoridades administrativas para solicitar interpretaciones prejudiciales facultativas, por cuanto fue la Dirección de Signos Distintivos de la Superintendencia de Industria y Comercio (en lo sucesivo, la SIC) quien solicitó la interpretación prejudicial en el presente caso, autoridad cuyas decisiones son susceptibles de recurso judicial, vía contencioso-administrativa.

Ante todo, es preciso explicar que, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 33⁷⁴ del Tratado de Creación del TJCA⁷⁵, los “jueces nacionales” que conozcan de un proceso en el que se deba aplicar disposiciones del ordenamiento jurídico comunitario “podrán” –denota facultad– solicitar al TJCA la interpretación prejudicial facultativa de tales disposiciones, siempre que el ordenamiento jurídico interno

70 Registro 3,137,914 (USPTO) otorgado el 5 de septiembre de 2006 a favor de Diageo North America. Es preciso resaltar que la distintividad adquirida luego de cuatro décadas de uso en el mercado jugó un papel decisivo en este caso.

71 Registro 3,155,702 (USPTO) otorgado el 17 de octubre de 2006 a favor de American Wholesale Wine & Spirits, Inc.

72 Registro 3,348,363 (USPTO) otorgado en 2007 a favor de Touchdown Marketing.

73 Registro 2,682,410 (USPTO) otorgado a favor de Fresh Inc.

74 Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.

Subrayado por fuera del texto normativo.

75 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, suscrito el 28 de mayo de 1979 por los Estados de Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y Venezuela. Entrada en vigor: 19 de mayo de 1983. Fue codificado por la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina.

prevea algún recurso contra la decisión emitida; de lo contrario, vale decir, de no existir ningún recurso, el “juez nacional” necesariamente deberá peticionar la correspondiente interpretación prejudicial obligatoria⁷⁶.

En consecuencia, la primera parte del presente artículo se encuentra consagrada al estudio de la evolución jurisprudencial de la de la –progresiva– interpretación extensiva del concepto autónomo –del Derecho comunitario andino– de “juez nacional”, es decir, de cómo y por qué el TJCA incorporó a dicho concepto otras entidades o autoridades distintas a los “jueces” en sentido estricto. Si bien la decisión objeto de estudio no constituye una jurisprudencia que aporta novedad alguna al respecto, sí es una de las primeras en reiterar los criterios para verificar tal legitimación, establecidos en la interpretación prejudicial pronunciada en el Proceso 121-IP-2014⁷⁷, la cual constituye la culminación de un destacable desarrollo jurisprudencial por parte del TJCA⁷⁸.

En efecto, la decisión recaída en el Proceso 121-IP-2014, comporta el ápice de la vasta jurisprudencia del TJCA en torno al concepto de “juez nacional”, contemplado en el ordenamiento jurídico comunitario andino, alcanzando no solo a autoridades administrativas, sino estableciendo los criterios para verificar la legitimidad activa para solicitar interpretación prejudicial facultativa.

Para un mejor análisis de la decisión recaída en el Proceso 242-IP-2015, objeto del presente ensayo, éste será dividido según las dos principales áreas del Derecho abarcadas en la decisión, la primera referida al aspecto procesal del Derecho de integración –subregional andina– (**I**); y, la segunda, al Derecho de marcas, particularmente, a la marca táctil o de textura (**II**). En la primera parte, se examinarán los lineamientos jurisprudenciales que se siguieron para poder finalmente admitir que autoridades administrativas soliciten interpretaciones prejudiciales facultativas. Mientras que, en la segunda parte, se analizarán los tres requisitos que suponen las

76 Véase, por ejemplo, Salazar Manrique, Roberto, “Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)”, en Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos (Quito: Artes Gráficas Señal, 1997), 111.

77 Proceso 121-IP-2014 de 20 de noviembre de 2014, originado en la consulta realizada el 22 de agosto de 2014 por la Dirección de Signos Distintivos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI); Procedimiento administrativo interno: 541955-2013.

78 La primera decisión en reiterar los criterios establecidos en el Proceso 121-IP-2014, fue la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 105-IP-2014 de 28 de noviembre de 2014, solicitada por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI) de Bolivia; Procedimiento administrativo interno: 160313.

mayores dificultades para el registro de marcas táctiles o de textura: **(A)** El requisito de representación gráfica y la forma de publicación; **(B)** la textura de uso común; y, **(C)** la textura impuesta por una función técnica o por la naturaleza del producto.

LA LEGITIMIDAD ACTIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA SOLICITAR INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL FACULTATIVA

El TJCA comienza examinando la legitimidad activa de la entidad administrativa solicitante de la interpretación prejudicial, para lo cual, sigue los criterios expuestos en una decisión que comporta el ápice en lo que respecta a la legitimidad activa para solicitar interpretaciones prejudiciales facultativas ante el TJCA: la interpretación prejudicial recaída en el precitado Proceso 121-IP-2014 de 24 de agosto de 2015.

Es preciso admitir que, con anterioridad a la decisión emitida en el Proceso 121-IP-2014, el TJCA ya venía interpretando de manera extensiva el concepto de “juez nacional”, referido en el Artículo 33⁷⁹ del Tratado de Creación del TJCA – derecho primario de la Comunidad Andina– y de los Artículos 122⁸⁰ y 123⁸¹ de su Estatuto⁸².

Sin embargo, fue precisamente con ocasión de la interpretación prejudicial emitida en el Proceso 121-IP-2014, que no solo se incluyó a las autoridades administrativas, como la Dirección de Signos Distintivos de la SIC de Colombia –autoridad que solicita la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 242-IP-2015

79 Supra 18.

80 Artículo 122.- Consulta facultativa

Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

81 Artículo 123.- Consulta obligatoria

De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal.

82 Estatuto del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado mediante Decisión 184 el 19 de agosto de 1983 por la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

objeto de análisis–, dentro del concepto de “juez nacional”, sino que además se establecieron los criterios para verificar la legitimación activa.

Según el TJCA, el significado de “juez nacional”, constituye un concepto autónomo⁸³, propio del ordenamiento comunitario andino, susceptible de ser definido exclusivamente por el TJCA de acuerdo con criterios propios y tomando en cuenta el objeto⁸⁴ de la interpretación prejudicial. En relación con la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario cabe explicar que los principios –o características⁸⁵– que rigen el Derecho comunitario son los siguientes: el Principio de la “Primacía”⁸⁶; (ii) el Principio de “Eficacia Directa”⁸⁷; (iii) el Principio de “Aplicación

83 En la decisión recaída en el Proceso 121-IP-2014, el TJCA comienza el análisis del primer acápite, referido a la legitimidad activa de la Dirección de Signos Distintivos y de la Comisión de Signos Distintivos del INDECOPI para solicitar interpretación prejudicial facultativa, haciendo referencia al carácter autónomo del Derecho comunitario andino (párrafo 17). Posteriormente, el TJCA menciona las características de éste, es decir, la prevalencia o primacía en relación con las normas nacionales, aplicabilidad directa e inmediata y autonomía del ordenamiento jurídico andino (párrafo 24).

84 En relación con el objeto y finalidad de la institución de la interpretación prejudicial, resulta oportuno transcribir el Artículo 32 del Tratado de Creación del TJCA y el Artículo 121 de su Estatuto, los cuales disponen lo siguiente:

Artículo 32.- Corresponderá al Tribunal interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Artículo 121.- Objeto y finalidad

Corresponde al Tribunal interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

Subrayado por fuera de los textos normativos.

85 Novak Talavera, Fabián, “La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico”, en Derecho Comunitario Andino, Allan R. Brewer Carías et al. (Lima: IDEI – Fondo Editorial PUCP, 2003), 57-100, esp. 68 y ss.

86 También denominado Principio de Supremacía, de Preeminencia, de Prevalencia o de Aplicación Preferente. Véase, al respecto, la reciente interpretación prejudicial, en la cual se plasma y sintetiza el extenso desarrollo jurisprudencial del TJCA en torno al Principio de Primacía del Derecho Comunitario, recaída en el Proceso 546-IP-2015, peticionada por el Tribunal Supremo de Justicia del Órgano Judicial de Bolivia, correspondiente al Expediente interno 1065-2014, sobre la oposición formulada por GUCCIO GUCCI S.P.A. con fundamento en la marca GG (denominativa y mixta) al registro de la marca GGGG (mixta), solicitada por GUESS?, Inc.

87 En relación con este principio del Derecho comunitario andino, resulta oportuno citar la sentencia dictada en el Proceso 3-AI-96 de 24 de marzo de 1997, p. 14, en la cual el TJCA explicó lo siguiente: “Efecto Directo.- Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.”

Adicionalmente, conviene destacar que el TJCA confirmó este principio o característica del Derecho comunitario, entre otras, en la sentencia recaída en el Proceso 7-AI-99 de 12 de noviembre de 1999, en cuya página 11 cita nuevamente al profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer: “El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico

Inmediata”⁸⁸; y, (iv) el Principio de “Autonomía”⁸⁹; principios o características a los que el TJCA hace referencia en el párrafo 24 de la decisión recaída en el Proceso 121-IP-2014.

Por su parte, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, al examinar la naturaleza del derecho primario y el derecho derivado en la antigua Comunidad Económica Europea (CEE), concluye lo siguiente: “*El derecho comunitario, en primer término, es autónomo a un mismo tiempo del derecho internacional general y del derecho interno de los Estados Miembros*”⁹⁰. En tal virtud, el TJCA tiene la potestad de determinar el alcance de las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino y, en consecuencia, de principios y conceptos contenidos en tales disposiciones, llegando incluso –como veremos más adelante– más allá de lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, el TJUE).

interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía”.

88 En relación con los Principios de Eficacia Directa y Aplicación Inmediata, cabe precisar que, si bien este último principio o característica del Derecho comunitario constituye la regla, ello no obsta para que se prevea lo contrario, como establece claramente el primer párrafo del Artículo 3 del Tratado de Creación del TJCA:

Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

[...]

Subrayado por fuera del texto normativo.

89 Véase, por ejemplo, las decisiones pronunciadas en los Procesos 23-IP-2012 de 23 de agosto de 2012, p. 6; y 30-IP-2014 de 10 de septiembre de 2014, p. 8. En este punto, resulta pertinente citar los siguientes extractos de las sentencias dictadas en los Procesos 34-AI-01 de 21 de agosto de 2002, pp. 49-50, y 1-AI-2001 de 27 de junio de 2002, p. 38:

“Ahora bien, la citada autonomía presupone la de la Comunidad para formular su propio ordenamiento, autonomía que a su vez deriva de la transferencia de atribuciones que los Países Miembros hicieran a dicha Comunidad, en ámbitos específicos como el de la propiedad industrial. A causa de la citada transferencia, y en los ámbitos en que ella se produzca, los Países Miembros quedan limitados motu proprio en el ejercicio de su potestad normativa y, en consecuencia, quedan impedidos de dictar providencias o contraer compromisos, aun de alcance internacional, que menoscaben o contraríen el ordenamiento comunitario.

En este contexto, cabe reiterar que el ordenamiento comunitario no deriva del ordenamiento de los Países Miembros, sea éste de origen interno o internacional, sino del Tratado constitutivo de la Comunidad. Así, y por virtud de su autonomía, se ratifica que el ordenamiento jurídico de la Comunidad –tanto el primario como el derivado– no depende ni se halla subordinado al ordenamiento interno, de origen internacional, de dichos Países. En consecuencia, los tratados internacionales que celebren los Países Miembros por propia iniciativa, como el del Acuerdo sobre los ADPIC, no vinculan a la Comunidad, ni surten efecto directo en ella, sin perjuicio de la fuerza vinculante que tales instrumentos posean en las relaciones entre los citados Países Miembros y terceros países u organizaciones internacionales.”

90 Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, “Los Tratados Constitutivos y el Derecho Derivado”, en Tratado de Derecho Comunitario Europeo, Tomo I, (Madrid: Ed. Civitas, 1986); citado, entre otras decisiones, en la recaída en el Proceso 1-IP-96, p. 9 de 9 de diciembre de 1996. El autor es citado, entre otras, en la decisión pronunciada en el precitado Proceso 546-IP-2015, p. 7.

En la decisión emitida en el Proceso 121-IP-2014, ante la consulta realizada por la Dirección de Signos Distintivos del INDECOPI, el TJCA estableció que el concepto de “juez nacional” constituye un “concepto autónomo del Derecho comunitario” y, por ello tenía la potestad de interpretarlo como un término genérico y comprensivo de todas las autoridades que administran justicia por mandato legal y que, al hacerlo deban aplicar o interpretar el ordenamiento comunitario andino.

Lo decidido es conforme a lo anteriormente manifestado por el propio TJCA en las interpretaciones prejudiciales pronunciadas en los Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007⁹¹, citadas por el TJCA en el Proceso 121-IP-2014, que tuvieron origen en consultas planteadas por el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal de la SIC. En aquella oportunidad, el TJCA recogió –una vez más– el criterio funcional, material u objetivo y no el criterio orgánico, formal o subjetivo, para concluir que necesariamente se debe ampliar el concepto de “juez nacional”.

En efecto, el TJCA advierte que los Países Miembros pueden atribuir funciones jurisdiccionales a órganos diferentes del Poder Judicial para revestirlos de la competencia de aplicar normas jurídicas con la finalidad de resolver controversias y emitir decisiones firmes, es decir, el TJCA reconoce la creciente “jurisdiccionalización” de los procedimientos administrativos, como evidencia la propia naturaleza de los actos emitidos por órganos administrativos, para concluir afirmando la necesidad de incluirlos en el concepto de “juez nacional”.

En consecuencia, el TJCA, con ocasión de las interpretaciones prejudiciales emitidas en los Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, estableció que, en tanto se pretende la aplicación uniforme de la norma comunitaria, es decir, por cuanto la finalidad de la interpretación prejudicial es garantizar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario, el concepto de “juez nacional” no debe circunscribirse tan sólo a los actos que emanan de los “jueces” en sentido estricto, sino también a los actos de otras autoridades que la aplican en los hechos.

La posibilidad de que los Países Miembros definieran libremente qué órgano nacional podía solicitar una interpretación prejudicial no solamente hubiera restringido el acceso al TJCA, sino que hubiera puesto en riesgo la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico comunitario. Negar la posibilidad de que las autoridades administrativas puedan efectuar la consulta facultativa ante el TJCA, hubiera significado aceptar la aplicación de las normas andinas por parte de una autoridad

91 Procesos 14-IP-2007 de 21 de marzo de 2007 y 130-IP-2007 de 17 de octubre de 2007.

que tuviera incertidumbre acerca de su alcance y, por consiguiente, el TJCA hubiera incumplido una de sus misiones esenciales, reconocida en el Artículo 4 de su Estatuto⁹², cual es la de asegurar la aplicación e interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Países Miembros.

A este respecto, cabe recordar que la interpretación prejudicial constituye un mecanismo de cooperación entre los “jueces nacionales” y el TJCA, que tiene como finalidad asegurar la aplicación uniforme del Derecho comunitario andino⁹³. Asimismo, es preciso tener en cuenta que, de permitirse que los tribunales nacionales interpreten de manera unilateral, conforme a su derecho interno, el Derecho comunitario, evidentemente se podrían generar –en la práctica– dos o más interpretaciones divergentes, lo cual menoscabaría la uniformidad que debe regir todo ordenamiento jurídico⁹⁴.

Adicionalmente, se debe reconocer que no todas las resoluciones administrativas son impugnadas en la vía judicial, y por tanto, existía el riesgo de que se consolidaran actos que contravinieran la jurisprudencia del TJCA y fuesen contrarios

92 Artículo 4.- Naturaleza y fines del Tribunal

El Tribunal es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y asegurar su aplicación e interpretación uniforme en todos los Países Miembros. El Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones, actuará salvaguardando los intereses comunitarios y los derechos que los Países Miembros poseen dentro del ordenamiento jurídico andino.

93 Respecto a la finalidad de asegurar la “aplicación uniforme” del Derecho comunitario, es oportuno citar el punto 3.3 de la decisión hito pronunciada por el TJCA en el Proceso 1-IP-87 de 3 de diciembre de 1987, pp. 4-5: “[...] debe considerarse que la finalidad propia de la consulta prejudicial, de asegurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en los Países Miembros, se completa, obviamente, con la de ir formando una jurisprudencia o doctrina uniforme en la Subregión. No en vano en el preámbulo del Tratado constitutivo del Tribunal se expresa que “algunas de las dificultades que se presentan en la ejecución del Acuerdo de Cartagena y de los actos que lo desarrollan obedecen, entre otras razones, a la complejidad de su ordenamiento jurídico”.

Véase además, Salmón Gárate, Elizabeth, “Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas”, en Derecho Comunitario Andino, Allan R. Brewer Carías et al. (Lima: IDEI – Fondo Editorial PUCP, 2003), 21-55, esp. 44: “El Tribunal de Justicia también tiene la función de aclarar los alcances del ordenamiento jurídico andino mediante el recurso de interpretación prejudicial, cuyo fin es asegurar la aplicación uniforme de las normas andinas en el territorio de los Estados Miembros.”

Subrayado por fuera de los textos.

94 En ese sentido, Novak Talavera, Fabián, “La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico”, 96; quien cita asimismo a Andueza: “La cuestión prejudicial de interpretación crea un mecanismo de cooperación entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. En virtud de esa cooperación, a los jueces nacionales les corresponde la competencia de decidir las controversias que las partes litigantes les planteen y al Tribunal Andino de Justicia le corresponde la competencia de interpretar las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena cuando una de esas normas sea aplicable a una controversia existente entre las partes”. Andueza, José Guillermo, “La Interpretación Prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, en El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (Montevideo: ALADI, 1985 / Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986) 104.

al ordenamiento jurídico comunitario. En la práctica, tal situación generó incluso un incumplimiento por parte de un País Miembro, por no anular laudos arbitrales expedidos sin mediar la correspondiente solicitud de interpretación prejudicial obligatoria⁹⁵; toda vez que los Estados son los sujetos principales del Derecho comunitario y son precisamente quienes responden por los actos de sus instituciones.

Cabe comentar que, el TJCA ya había hecho referencia a los Procesos-14-IP-2007 y 130-IP-2007, al desarrollar la cuestión relativa al “alcance del término juez nacional” en una decisión a propósito de una acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. (ETB S.A. E.S.P.) contra Colombia⁹⁶. Tal sentencia es, a su vez, citada en otras decisiones, como por ejemplo, por la recaída en el Proceso 57-IP-2012⁹⁷, cuando el TJCA desarrolla la cuestión referida al “árbitro o tribunal de arbitramento como juez nacional”.

En la decisión pronunciada en el Proceso 57-IP-2012, se estableció que si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia –este último criterio, en particular, habría sido aplicable únicamente para la interpretación prejudicial obligatoria⁹⁸– y no dependen de los jueces nacionales en sentido estricto, para efectos de la norma comunitaria actúan como “jueces nacionales”.

En dicha oportunidad, al igual que en los precitados Procesos 14-IP-2007 y 130-IP-2007, se realizó una interpretación extensiva del concepto de “juez nacional”, comprendiendo a los árbitros que aplican el Derecho comunitario andino. Por consiguiente, se permitió que éstos soliciten la correspondiente interpretación prejudicial al TJCA de manera directa, sin que sea necesaria la mediación de organismos judiciales.

En suma, es posible afirmar que la jurisprudencia del TJCA relativa al alcance del concepto de “juez nacional”, se erigió principalmente sobre la base de cuatro pilares fundamentales: **(i)** el Principio de Autonomía del Derecho comunitario andino, gracias al cual puede definir los límites del referido concepto;

95 Cf. sentencia dictada el 26 de agosto de 2011 en el Proceso 03-AI-2010.

96 Cf. sentencia pronunciada el 26 de agosto de 2011 en el Proceso 3-AI-2010.

97 Decisión recaída en el Proceso 57-IP-2012 de 11 de julio de 2012.

98 El TJCA expresó, en el primer párrafo de las Conclusiones de la decisión pronunciada en el Proceso 57-IP-2012 de 11 de julio de 2012 que: “Los árbitros o tribunales de arbitramento que son de única o última instancia y fallan en derecho, se incluyen dentro del concepto de juez nacional contenido en los artículos 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y 122 y 123 de su Estatuto y, en consecuencia, tienen la obligación de solicitar interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina cuando conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino, de conformidad con las previsiones consagradas en la normativa comunitaria.” Subrayado por fuera del texto.

(ii) el objeto y finalidad de la interpretación prejudicial, cual es –según el Artículo 32 del Tratado de Creación del TJCA y el Artículo 121 de su Estatuto – asegurar la aplicación uniforme de dicho Derecho en el territorio de los Países Miembros; (iii) la función del TJCA –explicitada en el Artículo 4 de su Estatuto⁹⁹ – de asegurar la aplicación e interpretación uniforme del Derecho comunitario en todos los Países Miembros; y, (iv) la naturaleza de los actos emitidos por las autoridades administrativas, analizada siguiendo un criterio funcional, material u objetivo, habida cuenta de la creciente “jurisdiccionalización” de los procedimientos tramitados en sede administrativa.

Por otra parte, es importante señalar que el no acatamiento de la obligación impuesta por el ordenamiento jurídico comunitario¹⁰⁰, de solicitar al TJCA la interpretación prejudicial de normas comunitarias por parte de jueces o árbitros, es una causal de anulación de laudos arbitrales, lo cual se evidencia en sentencias¹⁰¹ del Consejo de Estado de Colombia, por medio de las cuales se adoptaron decisiones definitivas en relación con el correspondiente fallo del TJCA¹⁰², que ordenaban “dejar sin efectos” las sentencias que resolvieron recursos extraordinarios de anulación contra laudos que dirimieron las controversias surgidas entre Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá y operadores particulares¹⁰³, o que declararon la nulidad de los laudos arbitrales¹⁰⁴.

Con anterioridad a la decisión pronunciada en el Proceso 121-IP-2014, el TJCA ya había producido un vasto desarrollo jurisprudencial a fuerza de admitir solicitudes de interpretaciones prejudiciales planteadas por diferentes autoridades, que no ocupaban el cargo de “jueces” en sentido estricto, tales como el Tribunal

Administrativo del Atlántico¹⁰⁵, el Grupo de Trabajo de Competencia Desleal de la SIC¹⁰⁶, los Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá¹⁰⁷, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín¹⁰⁸ y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriana – Americana¹⁰⁹.

Sin embargo, la interpretación prejudicial emitida en el Proceso 121-IP-2015¹¹⁰ comportó la primera oportunidad en la cual el TJCA reconoció la legitimidad activa de una Oficina de Propiedad Intelectual –o Industrial– para solicitar interpretación prejudicial facultativa; reconociendo de esta manera su rol principal en la promoción y garantía de los derechos consagrados en los Regímenes Comunes de Propiedad Industrial¹¹¹, sobre Derechos de Autor y derechos conexos¹¹², de protección de los Derechos de los Obtentores Vegetales¹¹³ y de acceso a los recursos genéticos¹¹⁴, normas comunitarias que justamente disponen que son precisamente las Oficinas Nacionales las encargadas de su aplicación.

Cabe destacar asimismo que, en la primera cuestión prejudicial desarrollada en la decisión emitida en el precitado Proceso 121-IP-2014, a fin de verificar la legitimidad activa de la Dirección de Signos Distintivos y la Comisión de Signos Distintivos del INDECOPI para solicitar interpretación prejudicial facultativa, el TJCA no se limita a seguir la jurisprudencia en torno al concepto –autónomo del Derecho comunitario– de “juez nacional”, sino que establece requisitos para tal verificación, siguiendo en gran medida a la jurisprudencia *Vaassen*¹¹⁵ del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, el TJCE), ahora TJUE¹¹⁶.

105 Interpretación prejudicial emitida en el Proceso 30-IP-98 de 16 de junio de 1999.

106 Decisiones pronunciadas en los Procesos 14-IP-2007 de 21 de marzo de 2007 y 130-IP-2007 de 17 de octubre de 2007.

107 Decisiones recaídas en los Procesos 161-IP-2013 de 13 de mayo de 2014, 181-IP-2013 de 13 de mayo de 2014 y 14-IP-2014 de 13 de mayo de 2014.

108 Interpretación prejudicial expedida en el Proceso 79-IP-2014 de 25 de agosto de 2014.

109 Decisión pronunciada en el Proceso 262-IP-2013 de 20 de marzo de 2014.

110 Interpretación prejudicial que fue seguida y reiterada por la recaída en el precitado Proceso 105-IP-2014 de 28 de noviembre de 2014, solicitada por el SENAPI de Bolivia.

111 Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, de 14 de septiembre de 2000.

112 Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 17 de diciembre de 1993.

113 Decisión 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 21 de octubre de 1993.

114 Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, de 2 de julio de 1996.

115 TJCE, sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, Asunto 61/65, caso Viuda de G. Vaassen-Göbbels c/ Dirección del Beambtenfonds voor het Mijndbedrijf. Consulta formulada por el Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijndbedrijf de Heerlen (Holanda), Tribunal del Fondo de Pensiones de los Trabajadores Mineros de Heerlen, institución a la que se reconoció legitimidad para formular la consulta.

116 En dicha oportunidad, el TJCE concluyó –luego de comprobar el cumplimiento de los citados criterios– respecto de la primera cuestión, relativa a la admisibilidad de la petición de interpretación, que: “Considerando que, en estas circunstancias, procede considerar al Scheidsgerecht como órgano

99 Supra 28.

100 A este respecto, cabe citar la decisión recaída en el Proceso 2-IP-91 de 26 de febrero de 1991, p. 3, en la cual el TJCA manifestó que: “[...] es obligación del juez nacional constatar si dentro del proceso a su cargo resulta previsible que deban aplicarse normas comunes a fin de decidir el proceso, antes de proceder a solicitar su interpretación prejudicial [...]”

101 Véase, por ejemplo, las sentencias dictadas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de Colombia el 9 de agosto de 2012 en los Expedientes –con Radicación– 110010326000201200013 00 (43.045) y 11001032600020120001800 (43.195).

102 Véase, Dictamen 02-2010 de la Secretaría de la Comunidad Andina, de 24 de marzo de 2010. Véase además, la decisión del TJCA dictada en el Proceso de incumplimiento 3-AI-2010, de 26 de agosto de 2011, en la cual determinó el incumplimiento de Colombia.

103 Véase, al respecto, Alarcón Pérez, Natalia, “Aspectos procedimentales de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (Medellín: Universidad CES, Facultad de Derecho, 2013), 16.

104 Véase, por ejemplo, la sentencia pronunciada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado el 2 de diciembre de 2015.

El TJCA estableció criterios, para determinar la legitimidad activa, sobre una base analítica similar a la empleada en la denominada jurisprudencia *Vaassen*, desarrollada por el TJCE en la sentencia del caso *Dorsch Consult*¹¹⁷, decisiones en las cuales el TJCE formuló los siguientes criterios para determinar si el término “órgano jurisdiccional”, en el sentido del Artículo 177 del Tratado constitutivo de la CEE¹¹⁸, puede incluir, en determinadas condiciones, un organismo que no sea un tribunal ordinario: “[...] *el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia.*”¹¹⁹

De esta manera, el TJCA se habría inspirado en los referidos criterios, a efectos de verificar la legitimidad activa de entidades o autoridades nacionales solicitantes, ordenándolos de la siguiente manera: (i) origen legal y permanencia del órgano consultante; (ii) carácter obligatorio de su jurisdicción; (iii) carácter contradictorio del procedimiento; (iv) aplicación por parte del órgano consultante de normas jurídicas comunitarias; (v) independencia.

Definitivamente, tal adaptación le permitió al TJCA establecer parámetros objetivos para verificar la legitimidad activa de las autoridades consultantes para solicitar interpretación prejudicial facultativa, alcanzando en la práctica a muchas más entidades que las legitimadas para peticionar cuestión prejudicial en el sistema comunitario europeo.

jurisdiccional en el sentido del Artículo 177; que, por tanto, procede admitir la petición de interpretación”. *Ibid.*

117 TJCE, sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1997, Asunto C-54/95, caso *Dorsch Consult*, párrafo 23; consulta formulada por la *Vergabeüberwachungsausschuß des Bundes* (Comisión Federal de Control de la Adjudicación de Contratos Públicos), institución a la que se reconoció legitimidad para formular la consulta). Véase además, la sentencia de 21 de marzo de 2000, Asuntos acumulados C-110/98 a C-147/98, caso *Gabalfria*, en el cual el TJCE se pronunció a favor del carácter de “órgano jurisdiccional” del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña

118 Tratados de Roma (“Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea”), firmados en Roma el 25 de marzo de 1957. Entrada en vigor: 1 de enero de 1958.

119 Caben destacar dos casos adicionales en el ámbito comunitario europeo: (a) la *Cour d’Arbitrage* de Bélgica envió una consulta sobre la interpretación de determinadas disposiciones normativas de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993; y, (b) el Tribunal Constitucional de Hesse de Alemania remitió, en el marco de un control de constitucionalidad, una solicitud prejudicial sobre la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976. Si bien en ambos casos el TJCE se pronunció acerca del alcance del concepto de “órgano jurisdiccional nacional”, comprendiendo a los Tribunales Constitucionales nacionales, en ninguno de ellos reparó sobre la función jurisdiccional que ejercían los Tribunales Constitucionales solicitantes. Véase, sentencia del TJCE de 19 de febrero de 1997, caso *Cour d’Arbitrage*, Asunto 6/97, “*Fédération Belge des Chambres Syndicales de Médecins s/annulation de l’article 4, § 2, du décret de la Communauté Flamande du 5 de avril de 1995*”, publicada en *Recopilación de Jurisprudencia de la Cour d’Arbitrage* 1 (enero-febrero, 1-8/97), 77.

LOS REQUISITOS DE REGISTRABILIDAD DE LA MARCA TÁCTIL O DE TEXTURA

La Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina establece ciertas causales de irregistrabilidad de marcas que comportan verdaderos límites al registro de marcas táctiles, tales como la prohibición de registro de signos que consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto (Artículo 135 literal c), así como aquellos que supongan únicamente formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto al cual se aplican (Artículo 135 literal d)¹²⁰. Asimismo, el requisito de representación gráfica, contemplado en el primer párrafo del Artículo 134¹²¹, plantea por su parte una seria dificultad para el registro de este tipo de marcas, al igual que la forma de la publicación de la solicitud.

En consecuencia, el desafío en relación con este tipo de marcas lo comporta no solo el requisito formal de la representación gráfica, sino también el denominado requisito de no funcionalidad y el relativo a la proscripción de signos (e.g., un gráfico, una forma, una textura, un sonido, un olor, etc.) de uso común para distinguir determinados productos o servicios, como causales de irregistrabilidad por falta de

120 Artículo 135.- No podrán registrarse como marcas los signos que:

- a) no puedan constituir marca conforme al primer párrafo del artículo anterior;
- b) carezcan de distintividad;

c) consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate;

d) consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican;

[...]

Respecto a los literales transcritos, cabe precisar que el literal (a) dispone la irregistrabilidad de signos que no sean aptos para distinguir productos o servicios o que no sean susceptibles de representación gráfica; el literal (b) hace referencia a la falta de distintividad intrínseca, como explica la extensa jurisprudencia del TJCA a este respecto, por lo que siempre debe asociarse a una causal de irregistrabilidad por falta de distintividad intrínseca en particular; el literal (c) establece en realidad tres causales de irregistrabilidad: (i) de “formas” usuales, (ii) “formas” impuestas por la naturaleza, y (iii) formas que responden a la función del producto; y el literal (d) excluye el registro de todo elemento que otorgue una ventaja funcional o técnica al producto o servicio que se pretende distinguir mediante el signo solicitado. Cabe explicar, igualmente, que la causal de irregistrabilidad contemplada en el literal (d), así como la última causal prevista en el literal (c) comportan manifestaciones del Principio de No Funcionalidad, en el cual se profundizará más adelante.

121 Artículo 134.- A efectos de este régimen constituirá marca cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos susceptibles de representación gráfica. La naturaleza del producto o servicio al cual se ha de aplicar una marca en ningún caso será obstáculo para su registro.

[...]

distintividad intrínseca. Por lo tanto, a partir de la segunda cuestión prejudicial analizada en la interpretación prejudicial emitida en el Proceso 242-IP-2015, objeto del presente análisis, fueron desarrollados particularmente estos requisitos.

En cuanto al primer acápite de esta segunda parte, respecto a “la forma de publicación de una marca táctil o de textura”, es apropiado explicar las razones de la conveniencia de asociarla al requisito de susceptibilidad de representación gráfica. En primer lugar, por cuanto el propio TJCA hace referencia a este requisito cuando trata el referido tema. En segundo lugar, debido a que, como lo deja inferir el TJCA, el requisito formal de representación gráfica resulta fundamental justamente en virtud de la necesidad de publicación de la marca solicitada, por permitir identificar y delimitar de manera suficientemente clara y precisa el objeto de la protección reivindicada, en aras de proteger derechos de terceros interesados, como competidores o consumidores.

EL REQUISITO DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA Y LA FORMA DE PUBLICACIÓN

El primer desafío que plantean los signos no visibles radica en el cumplimiento del requisito formal de representación gráfica, prescrito en el primer párrafo del Artículo 134 de la Decisión 486. Con antelación a la decisión objeto de estudio, el TJCA había establecido que: “[...] *la representación gráfica es un requisito formal pero también indispensable, que permite tanto la publicación como la posibilidad de archivo de las marcas solicitadas y registradas, en las respectivas oficinas de propiedad industrial, y se la concibe como la “descripción que permite formarse una idea del signo objeto de la marca, valiéndose para ello de palabras, figuras o signos, o de cualquier otro mecanismo idóneo, siempre que tenga la facultad expresiva de los anteriormente señalados”*¹²².

En relación con el procedimiento de registro, los signos no visibles plantean el problema práctico de su representación gráfica o de otro tipo, que constituye un requisito en muchas legislaciones de marcas. El requisito formal de representación gráfica, requerido por diversas normativas nacionales y supranacionales, en realidad

122 Interpretación prejudicial emitida en el Proceso 32-IP-97 de 2 de octubre de 1998, p. 10, que cita a Aleman, Marco Matías, “Marcas” (Bogotá: Top Management, 1990), 77.

no es obligatorio según el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)¹²³.

Actualmente, en la Unión Europea, por ejemplo, ya no se exige la representación gráfica cuando existan otros medios más apropiados para identificar el objeto de la protección. En efecto, a partir de la entrada en vigor, el 23 de marzo de 2016, del Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, sobre la marca comunitaria, se permite que el “*signo [solicitado a registro] se represente de cualquier forma que se considere adecuada usando la tecnología generalmente disponible, y no necesariamente por medios gráficos, siempre que la representación sea clara, precisa, autosuficiente, fácilmente accesible, inteligible, duradera y objetiva*”¹²⁴.

El TJCA hace referencia al Tratado de Singapur sobre el Derecho de marcas¹²⁵, aprobado por consenso el 27 de marzo de 2006, por 147 Estados miembros de la OMPI¹²⁶. El citado Tratado no limita las marcas a dos dimensiones¹²⁷ y se aplica a nuevos tipos de marcas, incluyendo marcas de hologramas, marcas de movimiento, marcas de colores y marcas consistentes en signos no visibles, como marcas sonoras, olfativas, gustativas o táctiles; comportando de esta manera el primer reconocimiento expreso de las marcas no tradicionales por parte de un instrumento internacional sobre el Derecho –material– de marcas¹²⁸.

123 Cf. Artículo 15 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) firmado en 1994.

124 Véase, la exposición de motivos (Considerando Noveno) del Reglamento (UE) 2015/2424 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, sobre la marca comunitaria. Véase además, Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, por la que se modifica la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que entró en vigor el 12 de enero de 2016. Cabe agregar que, la tercera modificación de la Ley de Marcas en China, adoptada el 30 de agosto de 2013 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2014, por su parte, aporta una modificación sustancial del Artículo 8, eliminando la restricción de la palabra “visual” y dando un ejemplo de signo no visual: “los sonidos”. Palabra que es seguida del símbolo “etc”, lo cual supone que la puerta está abierta para otros signos no visuales. Cf. Hui, Huang, “Introducción a la Tercera Modificación de la Ley de Marcas de China”, en Ius Inter Gentes 10 (Lima, 2014), 134.

125 Tratado de Singapur sobre el Derecho de marcas, adoptado en Singapur el 27 de marzo de 2006.

126 El referido Tratado fue aprobado tras cuatro años de trabajos de revisión del Tratado sobre el Derecho de marcas (TLT) adoptado en Ginebra el 27 de octubre de 1994.

127 Tratado de Singapur sobre el Derecho de marcas, Artículo 2 numeral 1.

128 En ese sentido, Pradeep Padman, “Singapore Treaty: Towards a new Trademark Regime” (2007), www.intelproplaw.com/Articles/cgi/download.cgi?v=1168918584 (consultada el 6 de julio de 2017). Véase también, OMPI, “Non-traditional Marks. Singapore treaty enters into force”, en WIPO Magazine 1 (Ginebra: febrero de 2009) 4,

Por su parte, el Reglamento¹²⁹ del Tratado proporciona modalidades de representación de estas marcas en solicitudes de registro, que pueden incluir reproducciones alternativas a las gráficas o fotográficas¹³⁰. En la Regla 3 del Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de marcas se contemplan “Detalles concernientes a la solicitud” –de registro de marca–, refiriéndose a signos visibles en los incisos (1) al (8), a marcas sonoras y otros tipos de signos no visibles en los incisos (9) y (10) de la Regla 3 del Reglamento, respectivamente.

Sin embargo, el referido Reglamento no sería lo suficientemente exhaustivo en lo que respecta a diversos aspectos de la solicitud de registro. En efecto, la reglamentación más detallada y la formulación de un enfoque común para la representación de los nuevos tipos de marcas en el procedimiento administrativo de las Oficinas Nacionales de marcas, continúa siendo una cuestión pendiente¹³¹. En consecuencia, la interpretación prejudicial sobre la cual versa el presente estudio, comporta una innovación en lo que respecta al Derecho de marcas.

Por otra parte, en los párrafos 54 y 55 de la decisión estudiada, el TJCA muestra su apertura a seguir lineamientos jurisprudenciales de otras cortes o tribunales extranjeros –para después mostrar su propio aporte–, haciendo referencia a las decisiones *Shield Mark BV*¹³², del TJCE, y *Qualitex*¹³³, de la Corte Suprema de Estados Unidos de América. En la primera decisión citada, el TJCE estableció que la lista de signos contenida en el Artículo 2 de la Directiva 2008/95/EC no era exhaustiva y que los signos no visibles no están expresamente excluidos de la Directiva. Por su parte, la decisión de la Corte Suprema estadounidense dispuso que las disposiciones contenidas en el *Lanham Act*¹³⁴ no podían ser interpretadas de manera restrictiva y

definió “signo”¹³⁵ como todo aquello capaz de transmitir un significado usado por seres humanos¹³⁶.

El TJCA, en el párrafo 91 de la interpretación prejudicial comentada, realiza una referencia fundamental al Principio de Precisión, desarrollado previamente por la jurisprudencia comunitaria europea¹³⁷, explicando la necesidad del recurso a nuevas técnicas para hacerlo efectivo, y señalando contundentemente que la representación gráfica no es sólo un mero requisito técnico para el registro de marcas, sino que supone una manifestación del comentado Principio de Precisión, el cual permite la identificación precisa del signo que se solicita a registro y, en consecuencia, del objeto de una eventual protección por parte del Derecho de marcas.

En el párrafo siguiente, el TJCA recoge los criterios jurisprudenciales europeos establecidos en el caso *Sieckman*¹³⁸, es decir, que el referido Principio de Precisión supone que la representación gráfica del signo debe ser clara, precisa, completa en sí misma, inteligible –para otros consumidores y fabricantes–, duradera y objetiva.

A este respecto, según afirma el TJCA en el párrafo 95 de la interpretación prejudicial objeto de estudio, el requisito de representación gráfica permite una definición precisa de la marca, permitiendo que, las autoridades administrativas y judiciales, el titular de la marca, los consumidores y los competidores puedan conocer el alcance de la protección otorgada o solicitada a registro.

Adicionalmente, el TJCA, siguiendo los criterios recogidos por la OMPI¹³⁹, considera –en el párrafo 99 de la decisión objeto de análisis– que la representación gráfica del signo puede plasmarse mediante impresión en relieve (sistema braille). El TJCA considera que es preferible contar con varias representaciones de la marca, tomadas en perspectivas diferentes y según distintos métodos y modalidades.

En tal virtud, el TJCA explica –en el párrafo 98– que mientras más representaciones diferentes de una marca táctil o de textura sean publicadas, se comunicará con mayor precisión lo reivindicado y así se evitarán futuras controversias relativas a la marca táctil o de textura solicitada a registro. En efecto, en relación con el

http://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/en/pdf/2009/wipo_pub_121_2009_01.pdf, p. 4 (consultada el 6 de julio de 2017).

129 “Regulations under the Singapore Treaty on the Law of Trademarks” (Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de marcas). Cabe precisar que, el TJCA, en el párrafo 53 de la decisión objeto de análisis, refiere que, si bien los países andinos no forman parte del referido acuerdo, resulta necesario que el TJCA tome como referencia algunos de sus contenidos.

130 Según el literal d) del inciso 4) de la Regla 3 del Reglamento del Tratado de Singapur sobre el Derecho de marcas, relativo a marcas tridimensionales, de no resultar suficientes las representaciones o perspectivas de la marca adicionales del literal anterior, incluso se permite al solicitante la posibilidad de proporcionar un “especimen de la marca” (“a specimen of the mark”).

131 Solo se especifica la naturaleza de la reproducción o la representación en el caso de las marcas tridimensionales. Al respecto, en la Regla 3 inciso 4) literal a) se establece que la reproducción de la marca consistirá en una reproducción bidimensional gráfica o fotográfica.

132 Sentencia del TJCE 27 de noviembre de 2003, Asunto C-283/01, caso *Shield Mark BV*.

133 Caso *Qualitex Co. c/ Jacobson Products Co., Inc.*, 514 US. 159, 34 USPQ2d 1161 (1995).

134 El *Lanham Act*, de 1946, es también conocido como *Trademark Act* o *Ley de marcas estadounidense*.

135 “Symbol” o “device” según el *Lanham Act* §45.

136 Caso *Qualitex Co. c/ Jacobson Products Co.*, §162.

137 Véase, entre otras, la sentencia del TJCE de 24 de junio de 2004, Asunto C-49/02, caso *Heidelberger Bauchemie GmbH, E.T.M.R.* 99, §13.

138 Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-273/00, caso *Ralf Sieckmann c/ Deutsches Patent-und Markenamt* (marca olfativa).

139 Véase en ese sentido, el documento preparado por la Secretaría del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la OMPI, Nuevos tipos de marcas, Documento SCT/16/2, de 1 septiembre de 2006, p. 11.

procedimiento empleado para representar gráficamente al signo solicitado, los nuevos tipos de marcas ofrecen frecuentemente posibilidades diversas, que varían, por ejemplo, entre la descripción por escrito y la reproducción digital.

Adicionalmente, en el párrafo siguiente, el TJCA considera que la descripción simple ayuda al examinador a determinar *prima facie* lo que se pretende registrar, por cuanto la inspección visual de la marca generalmente no sirve *per se* para determinar el objeto reivindicado con precisión o certitud en el caso de los signos no visibles. En efecto, el TJCA admite que la descripción simple también permite darse cuenta de ciertas características de la marca que podrían no aparecer en los gráficos que pretendan representar la marca. Ello resulta determinante, particularmente, en el caso de las marcas táctiles debido a que ciertos tipos de textura son casi imposibles de recrear mediante simples gráficos.¹⁴⁰

En consecuencia, en la interpretación prejudicial analizada, el TJCA estableció que, en primer lugar, se deberá contar con una descripción clara, precisa y completa de la textura, incluyendo un dibujo tridimensional o fotografía. En segundo lugar, se deberá presentar una muestra física del objeto que contiene la textura, debiendo las oficinas nacionales competentes permitir el acceso a dichos objetos cuando sea solicitado¹⁴¹. Asimismo, como se comentó anteriormente, el TJCA recomendó anexar una representación en código braille de la marca táctil que se solicita a registro.

140 Cabe destacar que en los países del Benelux se han registrado algunas marcas gustativas como, por ejemplo, el “sabor de regaliz” para distinguir productos de papel e impresión, marca que fue representada mediante una descripción escrita. Adicionalmente, cabe citar la sentencia del TJCE de 11 de febrero de 1999, caso *Vennootschap Onder Firma Senta Aromatic Marketing's Application* (Holanda), Asunto R 156/1998-2, Fundamentos: (14) “El olor a hierba recién cortada es un olor inequívoco que todo el mundo reconoce por experiencia de forma inmediata. Para muchos, el aroma o la fragancia de la hierba recién cortada recuerda a la primavera, el verano, campos de césped cortados, campos de deporte u otras experiencias agradables”. (15) “La Sala admite que la descripción de la marca olfativa que se pretende registrar para pelotas de tenis es apropiada y se ajusta al requisito de la representación gráfica contemplado en el Artículo 4 del RMC”.

141 En ese sentido, el TJCA recoge, en el párrafo 103 de la interpretación prejudicial 242-IP-2015, la regla 3, punto 4, literal d) del Tratado de Singapur, adaptándola a signos táctiles, la cual prevé –para los signos tridimensionales– lo siguiente: “Cuando la oficina considere que las diferentes vistas o la descripción mencionada en el apartado c) continúan siendo insuficientes para mostrar los detalles de la marca tridimensional, podrá invitar al solicitante a proporcionar; dentro de un plazo razonable fijado en la invitación, un espécimen de la marca”.

LA TEXTURA DE USO COMÚN

La causal de irregistrabilidad contemplada en la primera proposición gramatical del enunciado del literal c) del Artículo 135 supone la prohibición de registro del signo consistente exclusivamente en “formas” usuales de los productos o de sus envases, causal frecuentemente alegada en relación con solicitudes de marcas tridimensionales, debido a que, de otorgarse un derecho exclusivo sobre las formas usuales de los productos, se limitaría a los demás competidores la posibilidad de usar formas genéricas, con lo cual se bloquearía el acceso de nuevos competidores al respectivo mercado o sub-mercado¹⁴².

A este respecto, el TJCA realiza un acertado análisis de la causal de irregistrabilidad absoluta contenida en la primera proposición del literal (c) del Artículo 135 de la Decisión 486, recurriendo a la analogía pero respetando el espíritu de la norma, la *ratio legis*, es decir, interpreta que “formas” usuales también puede referirse a “texturas” usuales o de uso común.

En efecto, el TJCA realiza una interpretación extensiva de la causal que prohíbe el registro de un producto o su envase con características usuales, dando a entender que la causal que impide registrar la “forma” de uso común de un producto o su envase debe entenderse como todo aspecto externo del producto –y no únicamente su envase–, susceptible de ser captado por los consumidores, incluida la “textura” del producto –así como de su envase o cualquier otro continente–, en otras palabras, el TJCA incluye a las “texturas” de uso común dentro del supuesto de la norma.

Siguiendo su propia jurisprudencia, el TJCA recuerda que las “formas” o “texturas” de uso común son aquellas que, de manera frecuente y ordinaria se emplean en el mercado en relación con una clase o categoría de productos determinada, de manera tal que el consumidor no relaciona tales “formas” o “texturas” con un origen empresarial específico, ya que en su mente éstas se relacionan con el género de productos y no con un origen empresarial determinado.

El TJCA afirma asimismo que, al igual que la causal que impide el registro de signos calificados como de uso común o genéricos (Artículos 135 literales c y

142 Véase, en ese sentido, la decisión pronunciada en el Proceso 84-IP-2003 de 5 de octubre de 2003; la cual es citada, entre otras, en la interpretación prejudicial emitida en el Proceso 195-IP-2007 de 5 de marzo de 2008, p. 15.

f), la causal de irregistrabilidad comentada se encamina a evitar que un competidor determinado pueda, mediante el registro, llegar a monopolizar una “forma” o “textura” necesaria para comercializar cierta clase o categoría de productos. De esta manera, el TJCA advierte que, el otorgamiento de signos genéricos o de uso común, sean denominaciones, formas o texturas, puede ocasionar una barrera de acceso al mercado, al limitar el uso de denominaciones, formas o texturas necesarias o indispensables por parte de la competencia en el mercado correspondiente.

Para concluir el presente acápite, conviene recordar que, como ha reiterado el TJCA en innumerables oportunidades, las formas usuales o de uso común deben apreciarse en relación con los productos o servicios que se pretenden identificar mediante la marca solicitada a registro. Es decir, lo que es usual o de uso común en una determinada clase o categoría de productos o servicios puede no serlo en otra, salvo que exista similitud o conexión competitiva¹⁴³ entre ambas clases o categorías de productos o servicios¹⁴⁴.

143 Véase, la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 541-IP-2015, correspondiente al Expediente interno 2013-00028, sobre la oposición planteada con fundamento en el registro anterior de las marcas ESSO (denominativa y mixta) formulada contra el registro de la marca ESSA (mixta), en la cual se establecieron con precisión los criterios para examinar la conexión competitiva: (a) si los productos o servicios pertenecen a una misma clase internacional; (b) los canales de aprovisionamiento, distribución y de comercialización, así como los medios de publicidad empleados para tales fines, la tecnología empleada, la finalidad o función, el mismo género, la misma naturaleza de los productos o servicios, la utilización de estos, entre otros; y, (c) el grado de sustitución (intercambiabilidad) o la complementariedad de los productos o servicios. Estos últimos criterios (c) pueden ser considerados de manera aislada para determinar la existencia de conexión competitiva.

144 De igual manera, la determinación de la debilidad o fortaleza del carácter distintivo –grado de distintividad– del signo dependerá de la capacidad de la textura contenida en el mismo de identificar el origen empresarial del producto o servicio correspondiente, apreciada desde la perspectiva del consumidor pertinente; lo cual puede resultar determinante a efectos de verificar la comisión de una infracción al Derecho de marcas. Por ejemplo, es posible mencionar el caso del bolígrafo “Waterman”, en el cual el Tribunal Regional Superior de Frankfurt (Alemania) consideró que el clip del bolígrafo, que mostraba una típica división longitudinal, era percibido como una indicación del origen empresarial y que, en consecuencia, una imitación de dicho clip podría constituir una infracción al Derecho de marcas. Cf. Tribunal Regional Superior de Frankfurt (Alemania), Marken R 2001, 162–Product catalogue.

LA TEXTURA IMPUESTA POR UNA FUNCIÓN TÉCNICA O POR LA NATURALEZA DEL PRODUCTO

En el ámbito de la Comunidad Andina, en relación con los nuevos tipos de marcas, se contemplan los requisitos de no funcionalidad y que la forma reivindicada no sea impuesta por la naturaleza de los productos o servicios que se pretenden amparar. En efecto, en el Artículo 135 de la Decisión 486, literales (c) y (d), se ha optado por contemplar, como causales de irregistrabilidad absoluta, los signos que consistan exclusivamente en “formas” o características impuestas por la naturaleza o la función de dicho producto o del servicio de que se trate, o en “formas” u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican. El TJCA ha venido aplicando –y explicando– las referidas causales en relación con signos tridimensionales, desde hace ya varios años¹⁴⁵.

Como se explicó anteriormente, en la interpretación prejudicial objeto de análisis, se intercambia –siguiendo el método interpretativo de la *ratio legis*– el concepto “textura” por el de “forma”, expresamente incluido tanto en la normativa andina como en la europea, distinguiendo, como causales de irregistrabilidad, entre las texturas usuales y las impuestas por la naturaleza o función del producto; sin tomar en cuenta, claro está, el criterio de “funcionalidad estética”¹⁴⁶, contemplado en la regulación europea, por no estar contenido en la norma andina y por considerarse más controvertido y menos concreto¹⁴⁷.

Si bien, desde hace bastante tiempo, el TJCA ha venido desarrollando la presente causal de irregistrabilidad a propósito del registro de signos tridimensionales

145 Al respecto, cabe destacar la interpretación prejudicial expedida dentro del Proceso 163-IP-2013 de 2 de octubre de 2013, en la cual el TJCA abordó, en sus consideraciones (C) el tema de la irregistrabilidad de signos por consistir exclusivamente en “formas” usuales, o en “formas” impuestas por la naturaleza o la función del producto. Véase además, las decisiones recaídas en los Procesos 24-IP-2013 de 20 de marzo de 2013 y 86-IP-2014 de 19 de noviembre de 2014.

146 Cabe indicar que, en la Unión Europea, para que un signo tridimensional pueda acceder al registro, es preciso determinar si la forma reivindicada es necesaria para obtener un resultado técnico, estableciendo como causal de irregistrabilidad absoluta que el signo se encuentre constituido exclusivamente por una forma impuesta por la naturaleza del propio producto, por una forma del producto necesaria para obtener un resultado técnico, o por una forma que le “dé un valor sustancial” al producto –o que “afecte su valor intrínseco”, según la Directiva. Cabe señalar que este último criterio, denominado “de funcionalidad estética”, se encuentra contenido, junto con otras causales, en el “Seebrock Test” (caso Seabrook Foods, Inc. c/ Bar-Well Foods, Ltd., 1977), que también supone determinar si la forma reivindicada es común o usual en el mercado pertinente.

147 Véase, en ese sentido, Pisarsky, Nick, “PoTAYto-PoTAHto-Let's Call the Whole Thing Off: Trademark Protection of Product Sounds”, en Connecticut Law Review 797 (febrero 2008), 17.

les¹⁴⁸ y figurativos¹⁴⁹, esta es la primera oportunidad en que aplica el Principio de No Funcionalidad a signos no visibles. Las texturas funcionales son superficies genéricas o cuya utilización resulta imprescindible para que un determinado producto posea la naturaleza y las cualidades que le son propias, y sirva para la obtención de los resultados que se pretenden lograr o permita la satisfacción de las necesidades que con el mismo se persiguen¹⁵⁰.

A este respecto, cabe señalar que el tipo de formas o texturas necesarias en relación con los productos, sus envases, envolturas o envoltorios, son aquellas que indefectiblemente deberán usarse en el mercado. Esta necesidad está dada porque la propia naturaleza o la función del respectivo producto o servicio no permiten que tenga otra forma o textura¹⁵¹. En consecuencia, el TJCA clasifica las formas o texturas necesarias en: (i) formas o texturas impuestas por la naturaleza, y (ii) formas o texturas impuestas por la función del producto.

El TJCA afirma que las texturas impuestas por la naturaleza son aquellas que se desprenden de los elementos esenciales del producto. Estas serían aquellas que obligatoriamente, por su configuración y su esencia¹⁵², están ligadas a los productos, sus envases o sus envoltorios. En cambio, las texturas impuestas por la función del producto serían aquellas determinadas por la finalidad del producto que se pretende distinguir mediante el signo solicitado a registro.

Reservar características esenciales que respondan a la función genérica o a la propia naturaleza del producto a un solo operador económico implicaría imponer la dificultad a los demás competidores de tener que dar una superficie distinta a la textura natural o funcional del producto pero que produzca una función idéntica o similar, creando así barreras de entrada al mercado y otorgando una ventaja desmedida a un competidor en particular en desmedro de los demás.

148 Véase, por ejemplo, las interpretaciones prejudiciales expedidas en los Procesos 24-IP-2013 de 20 de marzo de 2013, 163-IP-2013 de 2 de octubre de 2013 y 86-IP-2014 de 19 de noviembre de 2014.

149 Véase, acerca de la aplicación del Principio de No Funcionalidad a signos figurativos, las decisiones recaídas en los Procesos 7-IP-2012 de 4 de julio de 2012 y 122-IP-2013 de 16 de julio de 2013.

150 En ese sentido, Fernández-Novoa, Carlos, "Fundamentos de Derecho de marcas" (Madrid: Editorial Montecorvo, 1984) 85; citado, por ejemplo, en la interpretación prejudicial emitida en el Proceso 61-IP-2006 de 28 de junio de 2006, p. 8.

151 Véase, por ejemplo, la decisión pronunciada en el Proceso 163-IP-2013 de 2 de octubre de 2013, p. 12.

152 Véase, por ejemplo, el caso del aroma del perfume "Chanel N° 5", cuya inscripción fue denegada en 2004 debido a tratarse de la esencia misma del producto.

El TJCA hace referencia expresa, en el párrafo 129 de la decisión pronunciada en el Proceso 242-IP-2015, al caso *Qualitex*, en el cual se definió la "funcionalidad" como una característica esencial para el uso o finalidad del producto –o su envase o cualquier continente del producto– que afecte su costo o calidad, precisándose además que el uso exclusivo de tal característica colocaría a los demás competidores en una situación de desventaja no relacionada con la reputación¹⁵³.

El Principio de No Funcionalidad impide la protección por el Derecho de marcas de signos consistentes en formas o texturas que resulten esenciales para el uso y el propósito del producto o servicio correspondiente, es decir, de formas o texturas necesarias para la obtención de un resultado técnico¹⁵⁴. La finalidad de esta limitación es impedir que la protección conferida sobre este tipo de marcas se extienda a formas o texturas cuyas características esenciales desempeñen una función técnica, por cuanto un derecho exclusivo sobre una tal forma o textura limitaría la capacidad de elección respecto de las posibles soluciones técnicas o podría impedir a los demás competidores suministrar productos que incorporasen dicha función¹⁵⁵.

La "funcionalidad" es aquella característica esencial para el uso o finalidad de un producto o servicio, o aquella que afecte su costo o calidad, o suponga una mejora técnica respecto a un determinado producto o servicio, teniendo en cuenta que como consecuencia de la concesión de un derecho exclusivo sobre tal característica se colocaría a los demás competidores en una situación de desventaja no relacionada con la notoriedad. Por consiguiente, el Derecho de marcas se opone a extender la protección al punto de otorgar un monopolio sobre determinadas características funcionales de un determinado producto, por cuanto la competencia no debe verse menguada por la concesión de un derecho exclusivo sobre una marca.

A continuación, el TJCA explica los dos supuestos contemplados en la última parte del literal (c) del Artículo 135 de la Decisión 486. Así, ciertas "formas" o "texturas" serían necesarias en relación con los productos o sus envases, es decir, que indefectiblemente deberán usarse en el mercado. Esta necesidad está dada porque la naturaleza del producto lo impone o porque la función del producto no permite que tenga otra "forma" o "textura". De conformidad con la normativa comunitaria

153 Caso *Qualitex Co. c/ Jacobson Products Co.*

154 Véase en ese sentido, el documento preparado por la Secretaría del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas de la OMPI, Nuevos tipos de marcas, pp. 2-3.

155 Eckhardt, Klaus, "The Razor's Edge", en *Trademark World* 171 (octubre de 2004), 40.

andina, el TJCA ha venido clasificando las formas necesarias en: (i) “formas” –o texturas– impuestas por la naturaleza, y (ii) “formas” –o texturas– impuestas por la función del producto.

El objetivo de esta última causal de registro comentada es impedir que la protección conferida por el registro recaiga sobre formas o texturas cuyas características esenciales respondan a una función técnica, por cuanto el otorgamiento de un derecho exclusivo sobre tales formas o texturas obstaculizaría la posibilidad de que otros competidores puedan ofrecer un producto que incorporase la misma función o, por lo menos, que pudiesen elegir libremente la solución técnica a adoptar para lograr el mismo fin y, por consiguiente, limitaría las posibles soluciones técnicas para que el producto logre su propio propósito.

Se pretende evitar así que la protección conferida por el Derecho de marcas se extienda injustificadamente, al punto de convertirse en un obstáculo para la libre oferta de productos que incorporen tales soluciones técnicas o características funcionales, perjudicando de esta manera la libre competencia. Por tanto, será irregistrable toda textura que comporte una ventaja o valor funcional, por cuanto conceder derechos exclusivos sobre tal textura crearía una barrera de entrada al mercado para competidores potenciales.

Adicionalmente, las formas o texturas que comporten características funcionales de una marca tridimensional o táctil, según cada caso, serán percibidas por el consumidor como tales. Por ejemplo, en el caso de signos que pretendan distinguir instrumentos manuales utilizados en horticultura y silvicultura comprendidos en la clase 8 de la “Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas” instituida por el Arreglo de Niza, consistentes en o que incluyan tijeras de podar e instrumentos de mano, el “mango” sería percibido como una forma funcional por el público consumidor.

De igual manera, respecto a las marcas táctiles, un ejemplo claro sería la textura particular de guantes de esquí, de nieve o de construcción –que generalmente tienen *grips*– para identificar justamente guantes; igualmente, la textura de caucho para distinguir neumáticos o la superficie de una pelota de baloncesto –con sus necesarios *grips*– para amparar balones, serían percibidas por el público consumidor como una característica funcional, impidiéndole identificar el origen empresarial del correspondiente producto.

En consecuencia, la protección conferida por el registro no podrá recaer sobre la textura de un producto si se demuestra que sus características funcionales esenciales son atribuibles exclusivamente a un resultado técnico. Según permite inferir el TJCA, en el correspondiente examen de registrabilidad, deberá descartarse el criterio de la “multiplicidad de formas”, probablemente por encontrarse en desuso¹⁵⁶, según el cual, de existir otras texturas que permitan obtener el mismo resultado técnico, sería posible monopolizar el signo táctil solicitado a través de derechos de propiedad industrial en tanto otros operadores del mercado podrían seguir utilizando las demás texturas disponibles. En otras palabras, el hecho que existan otras texturas que conlleven al mismo resultado técnico no es un argumento válido para el otorgamiento de un derecho exclusivo sobre tal textura.

Finalmente, es preciso advertir que el registro de una marca consistente únicamente en una textura funcional de un producto podría permitir al titular de esa marca prohibir a las demás empresas no solo la utilización de la misma textura para distinguir los correspondientes productos, sino también para otros similares o conexos. El propósito es evitar que una cantidad importante de texturas alternativas pasen a ser inutilizables para los demás competidores en el mercado.

CONCLUSIONES

El TJCA ha venido desarrollando una vasta jurisprudencia acerca del concepto –autónomo del ordenamiento jurídico comunitario– de “juez nacional”, a propósito de la legitimidad activa de diversas autoridades encargadas de aplicar el Derecho comunitario para solicitar interpretaciones prejudiciales ante el TJCA, concepto que incluso comprende autoridades administrativas como la SIC o el INDECOPI.

En aras de salvaguardar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria, por parte de todas las autoridades que deban aplicar o interpretar la norma comunitaria en el territorio de los Países Miembros de la Comunidad Andina, el TJCA ha venido manifestando que el concepto de “juez nacional” no debe circunscribirse

¹⁵⁶ Véase, por ejemplo, la sentencia del TJCE de 18 de junio de 2002, Asunto C-299/99, Philips c/ Remington, sobre máquinas de afeitar consistentes en tres cabezas rotativas que suponían a su vez características funcionales esenciales atribuibles a un resultado técnico, por lo que su forma no pudo acceder al registro, a pesar de existir otras formas que podrían haber logrado el mismo resultado técnico.

tan solo a los actos que emanan de los “jueces” en sentido estricto, sino que debe ser comprensivo de actos de otras autoridades que aplican el Derecho comunitario en los hechos. Por lo tanto, el concepto de “juez nacional” alcanza igualmente a toda autoridad administrativa que deba aplicar una norma comunitaria andina.

En la decisión pronunciada en el Proceso 121-IP-2014, el TJCA adapta cinco criterios, establecidos por la jurisprudencia europea, que son reiterados en la decisión recaída en el Proceso 242-IP-2015, con el objeto de verificar la legitimidad activa de la autoridad solicitante de la interpretación prejudicial facultativa: (i) origen legal y permanencia del órgano consultante; (ii) carácter obligatorio de su jurisdicción; (iii) carácter contradictorio del procedimiento; (iv) aplicación por parte del órgano consultante de normas jurídicas comunitarias; (v) independencia.

Por otra parte, el TJCA realiza una interpretación extensiva de la noción de “forma”, referida en los literales (c) y (d) del Artículo 135 de la Decisión 486, incluyendo en la misma todo aspecto externo del producto –y no únicamente su envase o continente– susceptible de ser captado por los consumidores, incluso la “textura” del producto.

En cuanto al cumplimiento del requisito formal de representación gráfica, el TJCA, al decidir el Proceso 242-IP-2015, considera que, en primer lugar, esta debe darse mediante una descripción simple y, en segundo lugar, a través de la presentación, ante la oficina nacional competente, de una muestra física del objeto que contenga la textura reivindicada. Ello no excluye otras posibles formas de descripción del signo, como por ejemplo, el método braille o impresión en relieve.

De esta manera, el TJCA no solo toma en cuenta otras alternativas y nuevas técnicas de representación, sino que va más allá de solo admitir reproducciones de un signo distintas a las gráficas cuando estas sean más aptas para identificarlo, como establece la última reforma normativa europea en materia de Derecho de marcas, imponiendo en cambio la obligación de presentar una muestra o espécimen físico del producto con la textura solicitada a registro.

El TJCA advierte que las oficinas nacionales competentes y los jueces nacionales deberán tener especial cuidado al momento de realizar el examen de fondo de las solicitudes de registro de nuevos tipos de marcas, manifestando que es preciso realizar un examen minucioso, verificando que ninguno de los elementos o características reivindicadas sea parte de la naturaleza del producto que se pretende identificar, ni que sea de uso común en la clase internacional –o clases conexas– a la

cual pertenece el producto, ni que cumpla una finalidad o función técnica, es decir, aquellos elementos o características que respondan a la propia función del producto y aquellos que otorguen una ventaja funcional o técnica al producto.

A este respecto, la decisión emitida en el Proceso 242-IP-2015 constituye la primera oportunidad en que el TJCA desarrolla debidamente –de manera suficiente– el Principio de No Funcionalidad, propio del Derecho de marcas, esencial a fin de examinar la registrabilidad de nuevos tipos de marcas o signos. Además, es también la primera ocasión en que un tribunal o corte internacional se pronuncia acerca de la registrabilidad de una marca táctil o de textura.

Finalmente, solo quedaría recordar la necesidad de complementar lo establecido en la Decisión 486, en el sentido de desarrollar a través de la normativa nacional, principalmente, el Principio de No Funcionalidad –además de la proscripción de registro de formas o texturas de uso común– como causal de irregistrabilidad de marcas por falta de distintividad intrínseca, aplicada no solo a signos tridimensionales, sino también a signos no visibles, siguiendo los criterios jurisprudenciales establecidos en la interpretación prejudicial recaída en el Proceso 242-IP-2015.

BIBLIOGRAFIA

Alarcón Pérez, Natalia, “Aspectos procedimentales de la interpretación prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina” (Medellín: Universidad CES, Facultad de Derecho, 2013).

Aleman, Marco Matías, “Marcas” (Bogotá: Top Management, 1990).

Alonso García, Ricardo, “Sistema jurídico de la Unión Europea” (Pamplona: Thomson Reuters, 2010).

Andueza, José Guillermo, “La Interpretación Prejudicial y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena”, en El Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (Montevideo: ALADI, 1985 / Buenos Aires: INTAL, Banco Interamericano de Desarrollo, 1986).

Di Palma, Salvatore, “L’Histoire des marques depuis l’Antiquité jusqu’au Moyen Âge” (París: Société des Écrivains, 2014).

Dueñas Muñoz, Juan Carlos, “La interpretación prejudicial, ¿piedra angular de la integración andina?”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 17 (Montevideo, 2011).

Eckhardt, Klaus, “The Razor’s Edge”, en *Trademark World* 171 (octubre de 2004).

OMPI, “Non-traditional Marks. Singapore treaty enters into force”, en *WIPO Magazine* 1 (Ginebra: febrero de 2009).

Fernández-Novoa, Carlos, “Fundamentos de Derecho de marcas” (Madrid: Editorial Montecorvo, 1984).

Hui, Huang, “Introducción a la Tercera Modificación de la Ley de Marcas de China”, en *Ius Inter Gentes* 10 (Lima, 2014).

Indacochea Jauregui, Juan Manuel, “Marcas no convencionales, no tradicionales, atípicas o simplemente nuevos tipos de marcas”, *Ius Inter Gentes* 11 (Lima, 2015).

INTA *Trademark Reporter*, 13th Annual International Review of Trademark Jurisprudence, Vol. 96, N° 2 (marzo-abril de 2006).

Novak Talavera, Fabián, “La Comunidad Andina y su Ordenamiento Jurídico”, en *Derecho Comunitario Andino*, Allan R. Brewer Carías et al. (Lima: IDEI – Fondo Editorial PUCP, 2003).

Sánchez Rodríguez, Luis Ignacio, “Los Tratados Constitutivos y el Derecho Derivado”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Tomo I, (Madrid: Ed. Civitas, 1986).

Salazar Manrique, Roberto, “Fundamentos Jurídicos del Derecho Comunitario Andino (Documento de Trabajo)”, en *Memoria del Seminario Internacional: Integración Económica y Derecho Comunitario. Modelos Europeos y Americanos* (Quito: Artes Gráficas Señal, 1997).

Salmón Gárate, Elizabeth, “Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas”, en *Derecho Comunitario Andino*, Allan R. Brewer Carías et al. (Lima: IDEI – Fondo Editorial PUCP, 2003).

OMPI, Secretaría del Comité Permanente sobre el Derecho de Marcas, Diseños Industriales e Indicaciones Geográficas, “Nuevos tipos de marcas”, Documento SCT/16/2, de 1 septiembre de 2006.

Pisarsky, Nick, “PoTAYto-PoTAHto-Let’s Call the Whole Thing Off: Trademark Protection of Product Sounds”, en *Connecticut Law Review* 797 (febrero 2008).

8

O (DES)CONSTRUÍDO SISTEMA DE PATENTES NO SÉCULO XXI

THE (DE)CONSTRUCTED PATENT SYSTEM OF THE 21ST CENTURY

Salete Oro Boff¹⁵⁷
Gabriel Zanatta Tocchetto¹⁵⁸

Resumo: Trabalho que trata de uma observação crítica sobre o sistema de patentes em seu contexto atual, o que é feito por meio de pesquisa bibliográfica e análise prática. Em um primeiro momento se apresenta a estrutura o sistema de patentes e se aponta a crítica que se objetiva fazer com o estudo em tela, a da mercantilização do sistema de patentes. Em um segundo momento, pega-se um caso prático, o caso Martin Shkreli, para demonstrar como a situação apresentada teoricamente no primeiro momento se mostra na prática. As considerações finais versam tanto sobre a necessidade de observação desse ponto quanto ao sistema de patentes, e apresenta a ideia de continuação da pesquisa que está em progresso.

157 Pós-Doutora-UFSC. Doutora-UNISINOS. Professora do PPGDireito Mestrado Direito da IMED. Professora do Faculdade CNEC Santo Angelo. Professora da UFFS - Universidade Federal da Fronteira Sul. Linha de Pesquisa “Efetividade do direito, da democracia e da sustentabilidade”. Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos, Novas tecnologias e Desenvolvimento. Email: salete.oro.boff@gmail.com.

158 Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional Imed. Bolsista FAPERGS/CNPq. Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional Imed. Pesquisador do projeto “A Proteção Jurídica da Inovação Aberta em Novas Tecnologias: Desafios de Gestão para os NITs”. E-mail: gztocchetto@gmail.com.

Palavras-chave: Patentes. Inovação Tecnológica. Direito Individual.

Abstract: Paper which is about a critical remark on the patent system in its current context, what is done by means of bibliographical research and practical analysis. At first the structure of the patent system is presented and this study's criticism is pointed out, the commodification of the patent system. In a second moment, a practical case is taken, Martin Shkreli's case, to demonstrate how the situation presented theoretically at first shown in practice. The final considerations are about the need for observation of this point as to the patent system itself, and present the idea of further research, which is in progress.

Keywords: Patent. Technological Innovation. Individual Rights.

INTRODUÇÃO

A estrutura do Sistema de Patentes, com o qual a sociedade trabalha atualmente, se baseia na ideia de que a patente serve ao inventor como forma de alcançar uma retribuição financeira que sirva como forma de pagamento ao inventor pelo resultado de inovação gerado para a sociedade.

As observações quanto a esse sistema comumente trazem consigo uma lógica objetivamente otimista em relação à utilidade social que ele exerce. E de fato esse é um cenário muito bem construído em um contexto de mundo no século XXI. Vivemos em um contexto de lógica capitalista globalizada e a propriedade intelectual possui uma qualidade muito interessante de ser trabalhada nesse sentido, um elemento de criação no qual o criador (seja ele uma pessoa ou instituição de qualquer tipo) ganha o direito sobre a sua criação, na forma de monopólio na exploração desse invento, por tempo limitado.

Nessa senda, é exatamente pelo fato de existir esse direito de exploração, mesmo que temporária, por parte do inventor em relação à sua invenção, que aquele buscará a criação de bens, sempre focando na utilidade desse bem para a sociedade, de forma que a sua invenção seja tão consumida quanto o possível e o retorno fi-

nanceiro de seu esforço seja o melhor possível (dentro do tempo em que lhe seja concedida a exclusividade).

Na prática, o elemento econômico desse sistema acaba se tornando o carro chefe da pesquisa e da inovação tecnológica. A pesquisa, por esse motivo, se torna algo que funciona muito mais como um investimento econômico do que como força motriz de evolução e resolução de problemas sociais. Esse é um ponto previsível desse sistema e que não é tratado exatamente como um defeito dele, no entanto, como será exemplificado no desenvolver do estudo em tela, o fato econômico da reserva de mercado da patente pode apresentar situações temerárias à sociedade sem que seja quebrada qualquer função do sistema em si.

O que a economia acaba ocasionando no contexto apresentado e estruturado de forma sólida pelo sistema de patentes pode ser descrito como uma consequência natural da práxis, onde as situações teóricas nos mostram as suas falhas quando colocadas em contexto, mas também como resultado da reação natural do mercado em relação aos mais diversos contextos e institutos sociais, no qual a economia faz do sistema de patentes um objeto dependente daquela.

A mercantilização da força criativa nos leva à observação de certas anomalias, que podem ser vislumbradas em todo o mundo, e são resultado especificamente do fato de que o foco da inovação tecnológica é o retorno financeiro. Essa situação nos apresenta com exemplos claros onde o bem estar (e mesmo a vida) humano são colocados em segundo plano em função de uma lógica mercadológica que visa recompensar (contraditoriamente) o inventor pelo bem que esse teria feito para a sociedade com seu invento.

O problema aqui abordado se encontra no elemento de mercantilização do sistema de patentes como um todo, sendo o núcleo da crítica aqui estruturada o fato de que a utilidade de desenvolvimento social fomentada pelo sistema de patentes nem sempre efetiva para a sociedade, mas revertida para o indivíduo que agiu como inventor e é detentor do direito em relação à invenção, independentemente da situação de necessidade social ou humana em relação ao uso da invenção.

REFERENCIAL TEÓRICO

A base teórica do artigo em tela se encontra distribuída basicamente nas obras de quatro autores, Nuno Pires de Carvalho (A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas), Denis Borges Barbosa (Direito da Inovação), João da Gama Cerqueira (Tratado da Propriedade Industrial) e Marisa Gandelman (Poder e Conhecimento na Economia Global). O objetivo principal dessa base teórica é a apresentação da estrutura do sistema de patentes em si, sendo assim, o trabalho do pesquisador de apresentar a crítica ao referido sistema é feita através do trabalho de um caso prático.

A análise do caso prático possui um referencial mais aberto, exatamente por se desenvolver sobre a estruturação que será previamente feita e apresentar elementos fáticos mais objetivos e simples, do caso em si.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada no trabalho se divide em estruturação conceitual bibliográfica, ao mesmo tempo em que o artigo conecta essa estruturação com a situação prática de um evento ocorrido no ano de 2015 (o caso Martin Shkreli da patente da droga Daraprim) onde a crítica do trabalho se mostra mais objetiva e fática. Essa situação coloca ao presente trabalho o objetivo de não só pontuar a crítica ao sistema de patentes, como também diagnosticá-la na práxis e ainda, ao final do trabalho, abrir a discussão sobre como se pode buscar concertar os elementos de crítica ao sistema de patentes.

ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Tecnologia é um termo cujo significado é “teoria geral e/ou estudo sistemático sobre técnicas, processos, métodos, meios e instrumentos de um ou mais ofícios ou domínios da atividade humana” (google.com)¹⁵⁹. A tecnologia é resultado do desenvolvimento intelectual do homem e é ela responsável tanto pelo patamar de sucesso e conforto alcançado pela humanidade, quanto pela qualidade de vida da qual a espécie humana (ou parte dela) goza a cada passo evolutivo (tecnológica, e não biologicamente) dado.

A tecnologia historicamente se mostra presente na materialização da evolução de técnicas ou mesmo de invenções que os conhecimentos adquiridos pela humanidade proporcionam, sejam eles provindos de ideias construídas coletivamente (culturais), ou conhecimentos específicos estruturados por um indivíduo. Ela, somada aos conhecimentos humanos em geral, é produto de evoluções que, em seu sentido amplo, são aprendidas coletivamente pela humanidade e só assim apresentam-se como o que chamamos de progresso.

O desenvolvimento tecnológico (progresso), mostra sempre ao contexto social uma melhora na qualidade de vida e mesmo uma questão de sobrevivência em determinadas situações. Esses motivos são exatamente o que nos apresenta a tecnologia com um bem a serviço da sociedade, e a sociedade como detentora do próprio desenvolvimento e do direito de gozar das benesses que o conhecimento que possui pode lhes proporcionar.

O argumento de que o conhecimento humano é propriedade do criador não é novo, existem registros de traços de elementos como o direito de exclusividade na produção de patarias que datam de 500 a.C., onde se dispunha do direito às mesmas pelo período de um ano (altlawforum.org). Apesar de ser importante observar a origem dos institutos jurídicos, esse contexto apresentava ainda uma situação onde além de uma forma antiquada do direito a invenções, se percebe a falta de

¹⁵⁹ Dicionário do Google, disponível em pesquisa simples com os termos ‘definição de tecnologia’ em: <https://www.google.com.br/>. O uso do referido dicionário pode parecer amador de certa forma, porém, nesse e em muitos termos da língua portuguesa, ele apresenta conceitos mais objetivos e, muitas vezes, mais úteis, do que dicionários mais ortodoxos, como, por exemplo o dicionário Michaelis (<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=tecnologia>).

importância social que essa proteção poderia ter, se comparada hoje, por exemplo, a descoberta de curas de doenças.

O contexto histórico no qual o sistema de patentes começa a ter uma importância mais significativa é na época do Renascimento (GANDELMAN, 2004, p. 59), pelo fato de que é nesse momento em que passa a se tratar da propriedade intelectual de forma mais ampla.

O Renascimento proporcionou ao contexto jurídico europeu uma ampla expansão protecionista que alavancou o desenvolvimento tecnológico da época, sendo elemento essencial para o desencadeamento da Revolução Industrial (GANDELMAN, 2004, p. 59). Esse período possui expressão significativa para o assunto tratado no trabalho, tanto pelo marco protecionista quanto pelo fato de que a má utilização da tecnologia já nos proporcionou uma situação onde a má utilização social do desenvolvimento tecnológico (de forma que esse não proporcionou melhoras sociais, mas melhoras individualizadas) já levou a uma ruptura social relevantemente drástica.

O funcionamento do sistema de patentes

Em um sentido simples e introdutório, “A patente é um título emitido pelo Estado que reconhece (ou atribui) o direito de impedir terceiros de usar o invento nela reivindicado.” (CARVALHO, 2009, p. 73). Isso significa que de cara temos a apresentação de três pontos basilares para o entendimento do sistema de patentes: (a) trata-se de uma prestação estatal em relação àquele que a reivindica; (b) media um direito de exclusividade do inventor em relação ao invento; e (c) trata-se de medida com efeito *erga omnes*.

Importante colocar que além dos três pontos acima citados, o sistema de patentes possui outra característica essencial à sua fundamentação. Essa característica se dá pelo fato de que esse versa sobre a imposição de direitos em relação à propriedade intelectual, o que coloca à imposição uma característica de atemporalidade, já que o envelhecimento do conhecimento não significa qualquer desgaste que pudesse atrapalhar o gozo do direito por parte do detentor da patente. Esse é o

motivo pelo qual o sistema de patentes trabalha com a peculiaridade de limitações temporais em relação ao gozo da patente.

Ao contrário da propriedade sobre a terra ou outros bens tangíveis, cujo desaparecimento ocorre de maneira física, a propriedade sobre invenções precisa de ter uma duração pré-determinada, pois as invenções, sendo imateriais, não se deterioram fisicamente. A duração das patentes corresponde ao nível médio que a sociedade atribui à tecnologia. [...] por razões de ordem prática, as leis de patentes adotam um período de proteção uniforme e não períodos específicos para cada setor técnico. (CARVALHO, 2009, p. 76)

A justificativa para a forma que essa proteção é dada pelo Estado para o indivíduo que pratica o ato inventivo, se dá pelo elemento de desenvolvimento que essa invenção representa para o contexto social. Uma situação onde se vislumbra quase que uma forma de pagamento ao pesquisador, efetuado pelo Estado na forma da prestação desse serviço de proteção, pelo resultado inventivo que aquele teve.

Nesse sentido, a gênese do direito do qual versa esse elemento da propriedade intelectual está embasado na ideia inventiva como trabalho (CERQUEIRA, 2012, pp. 88-98), e esse é um ponto no qual se vislumbra um problema com a lógica do sistema de patentes:

A questão em si, a partir da lógica apresentada sobre a estrutura do sistema de patentes, se dá pelo fato de que essa trabalha meramente com resultados. O grande problema desse elemento se encontra no fato de que o trabalho realmente é desenvolvido na pesquisa em si, e não no resultado dessa, quase como se o Estado dispusesse de: (a) uma prestação estatal que garantisse ao trabalhador o direito de reivindicar a remuneração de seu trabalho; (b) a possibilidade de exclusividade do trabalhador em relação ao ganho propiciado pelo seu trabalho; e (c) a proteção jurídica *erga omnes* desse resultado de trabalho. O elemento peculiar nesse contexto em específico é o de que o Estado condicionara o recebimento dessas prestações ao resultado inventivo e a efetividade de qualquer dessas medidas na mercantilização desse resultado.

A pergunta que fica, nesse ponto, é a de como seria recompensado o inventor que não encontrasse a resposta para problemas fundacionais de nossa sociedade, por meio de uma invenção, por exemplo, possibilite às pessoas a sobrevivência sem água potável, em um contexto onde o conhecimento criado por ele não pudesse ser

restringido ao uso da sociedade? Independentemente de quanto desenvolvimento social, o sistema que nos é dado somente recompensa aqueles que encontram uma função mercadológica para uma invenção patenteável.

Mas esse ainda não é o problema principal a ser discutido nesse estudo. O sistema de patentes possui ainda outro elemento que lhe faz desconexo à utilidade que lhe deveria ser dada para o contexto de cumprir com o desenvolvimento social, ele, independentemente da utilidade social ou mesmo da necessidade humana, submete a utilização do conhecimento patenteado à lógica do mercado, focando cada vez mais na quantidade de patentes (senado.gov.br/jornal/emdiscussão) e na estruturação prática utilizada por países como os Estados Unidos e o Japão (portal-daindustria.com.br) para focar no que é defendido como “desenvolvimento social”.

Apesar disso, é importante salientar que essa preocupação existe na doutrina e mesmo na legalidade brasileira, ao menos por enquanto:

A pesquisa científica caracterizada como básica — ou seja, não aplicada à solução de problemas técnicos específicos, voltados à atividade econômica — receberá tratamento prioritário do Estado. Essa prioridade é relativa em face da pesquisa e capacitação tecnológica, já pelo fato de que, presumivelmente, é o Estado a única ou principal fonte de recursos para essa atividade, que não representa fator direto da atividade econômica, e tradicionalmente é encargo estatal nas economias de mercado. (BARBOSA, 2006, p. 5)

O que o próximo ponto visa apresentar é que a pesquisa desenvolvida em tela chegou a observação de que a submissão do desenvolvimento tecnológico à mercantilização criou certa ilusão em relação aos benefícios diretos e mesmo quanto ao desenvolvimento tecnológico em si. Por meio de elementos da práxis, se busca provar de que o elemento econômico do sistema de patentes é muitas vezes prejudicial aos próprios fins desse sistema.

O problema prático com o sistema de patentes na saúde

A situação de mercantilização da pesquisa científica traz ao contexto do século XXI alguns pontos interessantes ao contexto do sistema de patentes. Em qualquer atividade humana, o foco com o qual se produz a motivação para a prática, afeta,

e muito, o resultado e esse é o motivo pelo qual se fez possível a aparição de uma aberração como a apresentada nesse ponto do estudo.

O resultado de um sistema de proteção à inovação tecnológica, que se volta para o sentido econômico que essa produção terá, é, naturalmente, um contexto onde a inovação tecnológica passa a ser completamente dependente do resultado econômico que a invenção tem (ou, no caso do mercado atual, tem a possibilidade de ter). Esse é o principal motivo pelo qual a pesquisa hoje, em todo o mundo, gira muito mais em torno da otimização de processos que possam gerar lucro do que na resolução de problemas que afetam a humanidade como um todo, ou, quando o fazem, utilizam do sistema de patentes para obter lucros, muitas vezes suprimindo o direito de acesso a medicamentos necessários a sobrevivência de certas pessoas, como é o caso do fiasco referente ao caso de Martin Shkreli, ocorrido no ano passado.

A história começa com uma droga, Daraprim, cuja substância ativa se chama pirimetamina. Essa droga foi descoberta há 62 anos (importante colocar que a patente analisada é regida pela lei estadunidense de patentes) e, desde então, é utilizada para o tratamento e prevenção de diversos parasitas incluindo a toxoplasmose do cérebro (aidsinfo.nih.gov [a]).

Importante notar, quanto a toxoplasmose, é o fato de que esse parasita tende a não se mostrar resistente ao organismo de seres humanos adultos saudáveis, sendo, portanto, uma doença que não apresenta tanto risco ao paciente comum. O que difere essa questão é o fato de que o toxoplasma é um parasita oportunista, ou seja, um parasita que ataca organismos com baixa imunidade. Uma doença comumente tratada pelas pessoas que se encontram em seu grupo de risco, grupo esse que engloba aidéticos, por exemplo (MATNEY, 2015, techcrunch.com).

Nesse contexto, uma empresa chamada Turing Pharmaceuticals', cujo CEO é o Sr. Martin Shkreli, comprou pelo valor de U\$ 55.000.000,00 (cinquenta e cinco milhões de dólares) a patente do medicamento e, do dia para a noite, por meio da liberdade que a propriedade da patente confere a empresa, mudou o preço do remédio de U\$ 13,50 para U\$ 750,00 por pílula (MATNEY, 2015, techcrunch.com).

O tratamento deve ser administrado entre 3 e 6 semanas. Se tratamento adicional for indicado, deve haver um intervalo de duas semanas entre os tratamentos. Adultos e crianças com mais de 6 anos: Daraprim - uma dose inicial

de 100mg (quatro comprimidos) seguida de 25-50mg (um ou dois comprimidos) diariamente. (Bula Daraprim, medicinanet.com.br)

Contando com a dose inicial do remédio, um tratamento para o tempo mínimo indicado (três semanas), tem o custo de U\$ 33.000,00 (trinta e três mil dólares), se o tratamento for indicado para seis semanas, o custo vai para U\$ 64.500,00 (sessenta e quatro mil e quinhentos dólares), sendo que esse tratamento pode ainda ser prorrogado, passando aí por um intervalo de duas semanas. A falta de tratamento da doença leva o paciente a ter problemas de visão, lesões no cérebro, estupor (letargia), coma e eventualmente à morte (aidsinfo.nih.gov [b]), o que faz do uso desse medicamento essencial àqueles que possuem o citado risco relacionado à doença.

Além de ser diretamente ligado ao contexto das pessoas diagnosticadas com AIDS, o tratamento que o remédio proporciona é muito relacionado com pessoas em situação de necessidade extrema de tratar a sua condição devido à debilidade que o todo do quadro em que se encontram ser extremamente grave. O resultado disso se encontra, em um primeiro momento, tanto em pessoas entrando em situações de super endividamento (ainda maior, no caso de considerar-se o contexto norte americano de custo para o acesso à saúde) ou mesmo situações de pessoas morrendo pelo fato de não possuírem meios para obter a droga.

De fato, a lógica se quebra no momento em que se traz para a equação o elemento de que as pessoas acabam morrendo sem ter a possibilidade de efetivamente fazerem o tratamento, o que traz sentido novamente ao contexto desenvolvido pelo caso. A grande sacada de aumentar o preço do medicamento de forma tão drástica tendo em mãos a patente desse se encontra no fato de que, independentemente do custo imposto ao medicamento, países que dispõem de sistemas de saúde pública que garantem esse tipo de assistência serão obrigados a adquiri-lo para seus cidadãos.

O fato de a relação monetária equacionar a fórmula que rege o desenvolvimento tecnológico e servir de ponto de controle para a inovação tecnológica apresenta ao contexto de mundo uma situação de calamidade estrutural e futuramente, de forma não tão distante, um problema de funcionamento do mundo. Entender esse elemento pode contribuir para a possibilidade de certa limitação no direito individual de dispor de certos elementos de propriedade individual para que se possa garantir direitos (independentemente da discussão quanto a sua fundamentalidade)

à sociedade, de forma que a inovação tecnológica possa cumprir o seu papel conceitual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O vislumbre da face do sistema de patentes apresentado no estudo em tela é uma mera observação de um problema que vai muito mais longe do que o exemplo discutido. No entanto, a observação crítica pontual serve para o tratamento de outras situações quotidianas, sendo uma ferramenta muito útil ao entendimento do funcionamento das mais diversas estruturas e dinâmicas sociais.

A estruturação, colocação e observação do problema fazem parte de um estágio inicial do que se mostraria como um combate ao sintoma aqui apresentado no exemplo prático em relação ao sistema de patentes. O trabalho faz uma abertura no que toca a discussão do funcionamento de toda a estrutura que embasa a inovação no século XXI, e é quebrando os paradigmas da absolutez da benesse do sistema que se pode discuti-lo e mesmo aprimorá-lo.

A inovação tecnológica é muito ligada a ideia de desenvolvimento, sendo que o próprio conceito de desenvolvimento (seja ele social, econômico ou tecnológico) é um elemento que precisa ser abertamente discutido e tratado pela comunidade científica. O conceito de desenvolvimento parte do pressuposto de que se considera elementos pontuais de melhora nos mais diversos aspectos, e, para tanto, é necessária a análise tanto da utilidade dessa melhora para a sociedade quanto do fato de utilidade desse desenvolvimento, para que possamos decidir se o que vem de novo se qualifica como desenvolvimento e em qual categoria (social, econômico ou tecnológico) disso se encaixa.

Tratar do sistema de patentes como fomentador de desenvolvimento é um conceito passível de discussão. A especificação e estruturação da ideia de desenvolvimento é um trabalho que está a ser explorado em outro segmento do estudo desenvolvido pelos pesquisadores responsáveis pelo trabalho em tela. Do estudo aqui apresentado, resta a consideração de que à aplicação do direito garantido pelo sistema de patentes, faz-se necessária a ponderação do custo social que esse pode

representar nas situações em que a garantia do direito individual tutelado ferir outros direitos, sejam eles sociais ou mesmo individuais.

REFERÊNCIAS

AIDSINFO [a]. Disponível em: <<https://aidsinfo.nih.gov/drugs/445/pyrimethamine/0/patient>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

_____ [b]. Disponível em: <<https://aidsinfo.nih.gov/guidelines/html/4/adult-and-adolescent-oi-prevention-and-treatment-guidelines/322/toxo>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

ALTLAWFORUM. Disponível em: <<http://altlawforum.org/publications/a-history-of-patent-law/>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. Direito da Inovação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Nuno Pires de. A Estrutura dos Sistemas de Patentes e de Marcas, Passado, Presente e Futuro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERQUEIRA, João da Gama; SILVEIRA, Newton; BARBOSA, Denis Borges. Tratado da Propriedade Industrial, Volume I, Da Propriedade Industrial e do Objeto dos Direitos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GANDELMAN, Marisa. Poder e Conhecimento na Economia Global, o regime internacional da propriedade intelectual > da sua formação às regras de comércio atuais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GOOGLE. Disponível em: <google.com.br>. Acesso em: 6 jan. 2017.

JORNAL EM DISCUSSÃO. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/inovacao/universidades-brasil-doutores-pesquisas-patentes-inovacao-tecnologica/numero-de-patentes-por-empresas-ou-pesquisadores-em-universidades-e-baixo-no-brasil.aspx>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

MATNEY, Lucas. A \$750 Pill And A Founder Who Doesn't Know When To Stop Tweeting. Disponível em: <<http://techcrunch.com/2015/09/21/a-750-pill-and-a-founder-who-doesnt-know-when-to-stop-tweeting/#.aqpiibd:k4pY>>. Acesso em 19 jan. 2017.

MEDICINANET. Disponível em: <http://www.medicinanet.com.br/bula/detalhes/1738/posologia_daraprim.htm>. Acesso em 19 jan. 2017.

PORTAL DA INDÚSTRIA. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/cni/imprensa/2014/04/1,35905/brasil-ocupa-penultima-posicao-em-ranking-de-patentes-validas.html>>. Acesso em: 5 fev. 2017.

9

O PLÁGIO MUSICAL: CARACTERIZAÇÃO E ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Jordana Siteneski do Amaral¹⁶⁰

Salete Oro Boff¹⁶¹

Resumo: Este artigo traz como tema o plágio musical, sobretudo sua caracterização e conceituação através da doutrina e do posicionamento jurisprudencial acerca da temática, mais precisamente nos Tribunais estaduais do Rio Grande do Sul e São Paulo. Valendo-se de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, percebe-se que a composição musical é considerada uma obra intelectual, e portanto possui proteção conferida pela Lei de Direitos Autorais. Não obstante, o plágio configura uma violação de direito autoral no aspecto material e patrimonial, na medida em que se caracteriza, principalmente, pela atitude deliberada de mascarar a utilização indevida de trechos melódicos, em que o plagiador atribui à si falsamente à autoria de uma obra.

Palavras-chave: Plágio. Música. Direito Autoral.

Abstract: This article deals with musical plagiarism, especially its characterization and conceptualization through doctrine and jurisprudential positioning on the subject, more precisely in the state courts of Rio Grande do Sul and São Pau-

160 Mestranda do PPG/DIREITO da Faculdade Meridional. Grupo de estudos GEDIPI. E-mail: jo.sitneski@hotmail.com; Lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5581775588287895>

161 Pós Doutora em Direito/UFSC. Doutora em Direito/UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado da IMED-Faculdade Meridional, linha de pesquisa "mecanismos de efetivação da democracia e da sustentabilidade". Grupo de estudos GEDIPI. Professora do e da UFFS.

lo. Using bibliographical and jurisprudential research, it is perceived that musical composition is considered an intellectual work, and therefore has protection conferred by the Copyright Law. Nevertheless, plagiarism constitutes an infringement of copyright in the material and patrimonial aspects, inasmuch as it is characterized mainly by the deliberate attitude of masking the improper use of melodic passages, in which the plagiarist falsely attributes to himself work.

Palavras-chave: Plagiarism. Music. Copyright.

INTRODUÇÃO

O plágio musical é um tema frequentemente trazido pela mídia até a sociedade, de forma que é bastante comum ver-se artistas e músicos que são acusados da prática de plágio, isto é, se utilizarem de partes ou da totalidade de obras artísticas de outros reivindicando para si a autoria.

Mas o que de fato caracteriza a prática do plágio? Existem parâmetros utilizados para análise em uma possível demanda judicial? Conforme o trabalho explicará, não existe propriamente um conceito ou uma delimitação legal para o plágio em geral, muito menos para o caso específico da obra musical.

Ademais, percebe-se que o plágio musical é um assunto bastante difundido na mídia e na sociedade, mas não muito debatido e pesquisado na academia. Logo, o presente estudo justifica-se no sentido de levantar o debate sobre o tema. Este trabalho pretende em um primeiro momento pesquisar, e em um segundo momento, tentar responder o seguinte questionamento: em que consiste o plágio musical e como se dá a sua caracterização?

Para tanto, será desenvolvida uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, de forma que este trabalho está estruturado de forma a desenvolver os seguintes objetivos: 1) compreender em síntese os principais aspectos do direito autoral; 2) compreender o conceito de obra intelectual e da obra musical como uma obra intelectual; 3) pesquisar o conceito de plágio em um sentido mais amplo; 4) pesquisar e discutir a caracterização do plágio musical; 5) realizar uma pesquisa e análise jurisprudencial de abordagem qualitativa afim de esclarecer como os tribunais de São Paulo, Rio

Grande do Sul e Paraná estão tratando a temática, bem como verificar se as assertivas construídas com base no referencial são corroboradas ou refutadas. Ao final, abre-se então espaço para as considerações finais, no intuito de tentar responder ao problema de pesquisa que este estudo se propôs, em um primeiro momento pesquisar.

DIREITO AUTORAL: ORIGENS E CONCEITOS

Uma previsão jurídica de forma sistemática da proteção do autor é algo bastante recente na civilização. Embora as pessoas exerçam atividades criativas desde a antiguidade, a atividade de criação e sua proteção somente foram regulamentadas a partir da Idade Moderna. (ZANINI, 2015, p.27)

O fato divisor de águas foi o aperfeiçoamento¹⁶² da prensa de tipos móveis por Johan Gutemberg, por volta de 1440. O meio técnico conferiu um caráter de reprodutibilidade massivo a todas as formas escritas de expressão, de maneira que tal fato ensejou profundas transformações nas mais diversas instâncias da sociedade. Contudo, para este estudo em específico, importa que este fato transformou a forma como as obras e os autores eram percebidos. Antes da imprensa a produção de um texto não visava o lucro, pois o autor, - que na época vivia em regime de mecenato - buscava somente a “glória” e não remuneração em pecúnia. Mas a nova técnica possibilitou ao autor dinheiro e lucro, criando um novo mercado e um novo potencial de exploração econômica. (ZANINI, 2015, p.42)

Tem-se que os direitos autorais tem como início de seu marco regulatório com o estatuto da rainha Ana de 1710 na Grã-Bretanha. A partir deste estatuto, o autor começa a ter seus direitos reconhecidos como tal, onde a lei reconheceu o direito de cópia do autor, dando origem ao termo *copyright* que perdura até hoje. (ASCENSÃO, 1997, p.4)

Mas é na França depois da Revolução de 1789 que eles adquirem contornos mais robustos. Destacam-se nesta época dois decretos de vital importância para o

¹⁶² Muitos autores atribuem a invenção da prensa de tipos Móveis à Gutemberg. Contudo, outras fontes assinalam que a máquina na verdade já teria sido “inventada” por um Chinês chamado Pi Sheng, ainda no período de 1041-8. Gutemberg teria apenas aperfeiçoado e popularizado a mesma. (THOMPSON, 1998, p.55)

direito autoral: o decreto 13-19 de janeiro de 1791, que reconheceu o direito dos dramaturgos de exploração sobre a representação de seus trabalhos; e o decreto de 19-34 de julho de 1793 que reconheceu o direito de reprodução sobre a prioridade literária, musical e artística. (ZANINI, 2015, p.54)

Segundo Gandelman (2001, p.32-33), o *droit d'auteur* francês enfoca também os aspectos morais do direito do autor, ou seja, o ineditismo, a paternidade, à integridade da sua obra que não pode ser modificada sem a sua expressa anuência.

Fabio Ulhoa Coelho (2012, p.290) postula que os direitos de autor são os titulados pelo criador de obra literária ou artística, por exemplo, pintores, escritores, dramaturgos, compositores, escultores e ect; alguns trabalhos profissionais, como criações publicitárias, projetos de arquitetura e outros; e programas de computador.

Existem também os *direitos conexos*, que são protegidos da mesma forma, dizem respeito aos direitos resguardados aos artistas, intérpretes ou executantes sobre as suas criações. Conquanto, o pressuposto é a originalidade e o caráter único dessas criações. (WILLINGTON; OLVEIRA, 2002, p.5) Com efeito, os direitos conexos estão postulados no art. 89 da Lei 9.610/1998 (BRASIL, 1998).

Foi em meados do século XX que os intérpretes, atores e produtores começaram a reivindicar também direitos que antes eram somente restritos a pessoa do autor, pois estes entendiam que embora não fossem autores da obra, teriam contribuído para sua popularização. Por exemplo, um regente de uma orquestra que executa a nona Sinfonia de Beethoven gravada em DVD não é o titular dos direitos autorais da obra – até porque a mesma já caiu em domínio público -, mas tanto ele como o produtor do videograma são titulares de um direito conexo ao de autor. Embora qualquer um possa executar a Nona Sinfonia, inclusive com fins de obter lucro, ninguém poderá exhibir aquele fonograma ou videograma sem a autorização do regente e da empresa responsável pela produção daqueles. (COELHO, 2012, p.289)

O ordenamento jurídico não acolheu a tese que reconhece o direito autoral como um direito de personalidade somente, uma vez que a Lei 9.610/98 admite a existência do direito patrimonial e do direito moral (pessoal) adotando uma teoria de base eclética constituindo assim, um caráter dúplici. (ZANINI, 2011, p.154),

O direito autoral apresenta dois aspectos: o moral e o patrimonial. O primeiro garante ao criador o controle à menção de seu nome da divulgação de sua obra e consequentemente o direito a que esta seja mantida íntegra e não seja alterada salvo

seu consentimento, além de resguardar o direito de tirá-la de circulação. (GANDELMAN, 2001, p.37)

Devido à vinculação da obra ao seu autor, o direito autoral possui características lhes são inerentes, que compreendem a sua “irrenunciabilidade, extrapatrimonialidade, intransmissibilidade *inter vivos* e *causa mortis*, a perpetuidade, o caráter absoluto e a inexpropriabilidade” (ZANINI, 2015, p.261)

O sujeito do direito autoral é, portanto, o próprio autor ou o titular de autoria de obra intelectual, sendo que, o objeto deste direito é a proteção jurídica legal da própria obra criada e fixada em qualquer suporte físico, ou veículo material. (GANDELMAN, 2001, p.38)

Fabio Ulhoa Coelho (2012, p.294) elenca quatro características principais dos direitos autorais: 1) não se protege a ideia, mas somente a forma pela qual ela é exteriorizada; 2) à obra sempre se liga um suporte físico, do qual, no entanto é independente como objeto de direito; 3) os direitos patrimoniais do autor são temporários, enquanto que os morais se eternizam; 4) os direitos do autor nascem do ato de criação e independem de qualquer registro ou formalidade.

Agora que já se destacou algumas características históricas e conceituais sobre o instituto jurídico do direito autoral, - sem a pretensão de esgotar o tema, eis que muito mais complexo - no próximo item o objetivo é compreender o conceito de obra intelectual e como a obra musical está inserida neste contexto.

A OBRA MUSICAL COMO OBRA INTELECTUAL

A Constituição Federal garantiu que todas as todas as pessoas pudessem exercer a liberdade criativa, no art. 5º, IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”. (BRASIL, 1988)

Não obstante, reservou também a proteção à obra intelectual ao incorporá-la no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, no art. 5º, XXVII: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.” (BRASIL, 1988)

A proteção também é estendida aos direitos de participação e citação em obras coletivas em que o autor colabore, bem com a fiscalização do aproveitamento econômico, conforme postula o inciso XXVIII, alíneas “a” e “b”, do artigo 5º da Constituição de 1998 (BRASIL, 1988)

Como mencionado anteriormente, o direito autoral visa tutelar os direitos do criador de uma obra intelectual. Para os efeitos de proteção da Lei 9.610/98, consideram-se obras intelectuais:

Art. 7º **São obras intelectuais protegidas** as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:
 III - **as obras dramáticas e dramático-musicais;**
 [...]
 V - **as composições musicais, tenham ou não letra;**
 [...]
 XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova;
 [...] (grifei) (BRASIL, 1998)

Para Ascensão (1997, p.27-28) as “criações de espírito” dizem respeito à todas as criações intelectuais que podem ser exteriorizadas. Consequentemente, a obra literária ou artística pertence ao mundo da cultura. Diferente as descobertas do domínio científico, em que a genialidade está por trás das descobertas de coisas pré-existentes, o Direito Autoral lida em sua essência com as criações verdadeiras de espírito, na medida em que autor lança na criação sua marca pessoal, sua subjetividade, de tal forma que não haverá outra criação idêntica.

A criação de espírito passa por um processo de exteriorização, que compreende a *ideia* a ser expressada, - lembrando que ideia por si só não é passível de proteção perante ao direito autoral -, que precisa ser materializada através da *forma*, isto é, uma determinada maneira de expressão ou manifestação. Pode ser um texto escrito ou oral, como em palestras, obras de caráter imagético como desenho, fotografia, ou cinema. Pode ser uma obra musical, uma peça de teatro, ou uma carta geográfica. Em qualquer situação ela representa a exteriorização de uma criação do espírito. (ASCENSÃO, 1997, p.30)

Para este trabalho que versa sobre o plágio musical, os incisos III, V, e XI do artigo anteriormente transcrito têm maior relevância, uma vez que, a partir da análise

do artigo fica pacificado que a obra musical- ou a composição -, independentemente ter ela letra ou não, é considerada uma obra intelectual e possui proteção.

Para as músicas preexistentes, é importante diferenciar três direitos distintos: o da obra musical em si, sua interpretação e sua fixação fonográfica. A música original tem duas titularidades: a do autor (ou autores) e da editora musical, que neste caso é responsável pelo fornecimento da licença de uso multimídia. Outrossim, a editora também fica responsável pelo estabelecimento de prazos, e formas de pagamento. O direito do intérprete, normalmente é exercido pela empresa que faz a gravação, que também é titular dos direitos sobre a fixação da obra em um suporte de mídia (disco, CD, fita, ou qualquer outro) (GANDELMAN, 2001, p.194).

Logo, caso uma obra musical preexistente venha a ser incorporada no conteúdo de algum produto multimídia, é imprescindível que se realizem duas licenças de uso: da editora musical e da gravadora, que devem ser bem detalhadas, contendo além dos direitos de reprodução, sincronização, adaptação e execução pública. (GANDELMAN, 2001, p.194)

Ao contrário do que ocorre em países como Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo, no Brasil a proteção conferida pela lei à obra intelectual, e consequentemente, à obra musical, independe do registro da mesma, sendo facultado ao autor registrá-la. Tais prescrições encontram-se nos artigos 18 e 19 da Lei 9.610/98. Em verdade, a mera criação intelectual e a sua comunicação ou reprodução ao público que indique autoria, local e data, já é suficiente para a obra adquirir proteção. Contudo, o Brasil é um país de tradição cartorária, onde o registro de obras funciona há mais de 100 anos. As vantagens do registro se dão na seara de facilitar a prova da autoria em caso de questionamento, uma vez que ele inverte o ônus da prova numa eventual proposição judicial. (WILLINGTON; OLIVEIRA, 2001, p.19)

Também cabe aqui ressaltar, que os fonogramas não são para fins legais, considerados obras intelectuais. Concebe-se por “fonograma” a fixação de sons da execução de uma interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não esteja incluída em um obra audiovisual. (WILLINGTON; OLIVEIRA, 2001, p.11). Tal assertiva sustenta-se porque o fonograma é somente um suporte técnico de um conteúdo já criado, eles não são obras porque não criam nada de novo. (ASCENSÃO, 1999, p.42)

A Lei de Direitos Autorais protege os direitos dos produtores dos fonogramas, através do instituto dos direitos conexos, conforme explicado no item anterior,

visando coibir a reprodução – assim como a distribuição e a comunicação ao público -de seus fonogramas de forma não autorizada. (ASCENSÃO, 1999, p.466).

Feitas tais considerações, percebe-se que a obra musical é devidamente reconhecida como uma obra intelectual, de forma que está para todos os efeitos protegida pela Constituição e pela Lei 9.610/98. Ela é por derradeiro, a expressão das ideias e da subjetividade de um autor de uma forma artística através de um meio, que pode ser um instrumento, a própria voz, um fonograma, ou uma partitura.

Assim como outra obra intelectual, ela está sujeita à violação de direitos, tanto caráter patrimonial quanto no aspecto pessoal destes direitos. Uma das violações mais correntes nas obras intelectuais, sejam elas obras literárias ou não, é a ocorrência do *plágio*. Neste ínterim, o trabalho nos próximos itens irá discutir o tema do plágio na música, partindo de um conceituação mais genérica do plágio, passando pela sua visualização na esfera das obras intelectuais musicais.

O CONCEITO DE PLÁGIO

“A expansão da cultura, do consumo, e dos meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade.” Sem dúvida, a observação de José de Oliveira Ascensão (1997, p.3) demonstra-se pertinente, na medida em que o desenvolvimento de novos meios técnicos de produção e reprodução de bens culturais, associados a um contingente de globalização, e de massificação da cultura ocasionou uma saturação da produção cultural de tal forma que, ficou cada vez mais difícil criar algo com um alto grau de novidade.

O direito ao reconhecimento de paternidade do está ligado estreitamente com plágio, que indiscutivelmente configura lesão aos direitos de personalidade do autor. Em que pese seja um assunto recorrente no Brasil, inexistente uma regulamentação ou previsão legal da matéria, de modo que a doutrina vem construindo a sua terminologia, que por sua vez, é aplicada pela jurisprudência. A Lei 9.610/98 fala apenas em “reprodução não autorizada”, mas não conceitua a prática do plágio. (ZANINI, 2011, p.280)

Zanini (2011, p.281) anota que o conceito de plágio ainda está em construção, mas em linhas gerais, ele diz respeito à uma atribuição falsa da criação de uma obra completa ou de parte dela, fato que configura uma ofensa aos direitos de paternidade do autor que sofreu o plágio. Na maioria das vezes, o plagiador busca fama e reconhecimento, mesmo que estes sejam alcançados com a atribuição indevida para si de produções alheias, que muitas vezes são afastadas da personalidade de seu verdadeiro autor e ligadas ao plagiador.

De forma semelhante, Wachoski e Costa (2016, p.37) esclarecem que o plágio é “mais do que mera reprodução de uma obra protegida pelo direito autoral”, pois o que ele faz é subtrair a própria autoria da obra, onde uma pessoa atribui falsamente a si mesma a autoria de uma obra.

Mas independente dos motivos que levam ao cometimento do ilícito, o fato preocupante é que a legislação pátria não possui uma definição de plágio. Destarte, este papel de conceituação acaba sendo exercido pela doutrina, ressaltando que não é uma tarefa fácil tratando-se da temática em discussão, e considerando que existem várias espécies de obras que são protegidas pelo direito de autoral. (ZANINI, 2011, p.281)

Existe no plágio a negação da relação existente de paternidade entre uma obra e seu mentor, de forma que o plagiador se apodera da criação de outrem, tomando partes essenciais da obra. Embora, via de regra o plagiador almeje alcançar prestígio e fama, agregando valores à sua personalidade, a conduta também pode ter reflexos patrimoniais (ZANINI, 2011, p.283).

Há que se observar que, o mero aproveitamento de fontes comuns e a similitude temática ou equivalência de ideias não tem o condão por si só, de configurar plágio. Para Zanini (2011, p.284) a dissimulação não seria, por si só, um *elemento essencial* para a configuração do plágio (em um conceito mais amplo), pois em contrário, o “plágio grosseiro”, a cópia literal, não constituiria o ilícito, devido à ausência de “mascaramento”.

Zanini (2011, p.286) anota que o plágio não se confunde com a contrafação. A contrafação consiste na reprodução não autorizada de uma obra, ou seja, quando são produzidas cópias de uma exemplar sem a autorização do autor, ou de quem detém os direitos da obra. Portanto, a conduta do contrafator não tem como objetivo lesar os direitos de personalidade do autor, pois não há interesse em esconder a paternidade de uma obra e atribuí-la para si, de forma que os efeitos de desta conduta

se dão somente no âmbito patrimonial. Ocorre que, nem sempre há na contrafação a menção ao nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, desta forma além de ocorrer lesão patrimonial, subsiste a lesão ao direito de personalidade.

Também há que se diferenciar a “paródia” e a “paráfrase”. É perfeitamente lícito parodiar uma obra anterior, conforme previsão expressa no artigo 47 da Lei 9.610/98. Elas são muito frequentes em performances teatrais e programas cômicos televisivos. O que distingue a paródia do plágio é que a aquela não pode se limitar a mera reprodução da obra anterior, ela precisa apresentar seu próprio grau de criatividade, conferindo um grau “antitético” do tema, característica que é inerente a este gênero. Logo, o caráter criativo não deixa de estar presente. Ela também, não é uma “transformação” da obra pré-existente, pois neste caso, precisaria estar autorizada. (ASCENSÃO, 1999, p.65) Também não deve-se confundir o plágio com a usurpação, que ocorre quando o sujeito proclama para si a autoria de obra que não criou. (ASCENSÃO, 1997, p.34)

As paráfrases não representam violação de direitos autorais, pois são o “desenvolvimento de um texto que funciona como tema para um texto posterior”. Assim como a paródia, ela não deve se limitar a ser um reprodução de um conteúdo. Para Ascensão (1997, p.67) é aí que reside a diferença entre a paráfrase e o plágio: “A obra que, a pretexto de seu desenvolvimento, se aproprie do elemento criador desta obra, e centre nesse o seu interesse, é plagiária”. A paráfrase também não pode implicar em descrédito ao texto. Com efeito, “não implicar descrédito”, não significa a liberdade da utilização, mas tão somente a licitude da obra criada. Não satisfazendo este critério, ela pode ser retirada de circulação.

Quanto à extensão do plágio, ele pode ser total ou parcial, sendo que o último é bem mais ocorrente do que o primeiro, visto que a prova em juízo do plágio total é bem mais fácil do que a prova do plágio parcial (ZANINI, 2011, p.285).

Destas considerações sobre plágio de uma forma mais ampla, destaca-se que o plágio ocorre quando há a apropriação indevida da essência criativa da obra em questão, e o plagiador reclama para si a autoria daquela. No próximo item, este trabalho irá analisar o caso específico do plágio musical, no que tange à sua caracterização e conceito.

O PLÁGIO MUSICAL: CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO

Inicialmente, cabe destacar que se o conceito de “plágio” em sentido amplo, abrangendo todas as formas de obras intelectuais ainda controverso, eis que inexistente uma previsão legal que pacifique um conceito ou caracterização, o plágio musical é tema mais controverso ainda.

Embora se saiba que a situação seja recorrente, a discussão ainda é incipiente no meio jurídico e acadêmico, pois trata-se de tema bastante difundido na sociedade, mas pouco pesquisado. Tanto que existem até mesmo mitos sobre a caracterização do plágio, como será melhor explicado a seguir.

Ascensão (1997, p.34) observa que “O plágio é não é a cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou forma diferente.” O autor ainda observa que não há plágio se, apesar das semelhanças decorrentes da identidade do objeto, sobrevierem características individuais, pois ele sustenta que o critério da individualidade deve prevalecer sobre a semelhança objetiva. Não obstante, a individualidade tem aqui o sentido de “criatividade”, isto é, quando não se acrescenta nada a criação preexistente a qual se recorreu.

O plágio também não se confunde com a imitação, que nem apresenta ilicitude, não ferindo direito autoral. Com imitar, se está a falar de fazer algo parecido, muito semelhante. No campo da música em específico, ela está relacionada com a execução musical, e não a criação em si. Ao imitar-se um cantor ou instrumentista famoso não se está a ferir direito autoral, pois a imitação é de uma certa forma, um tributo. (ROCHA, 2011, p.36)

O plágio como ilícito, viola os direitos autorais de diferentes maneiras. Mas o direito ferido de forma mais evidente é, sem dúvida o “direito à integridade da obra”, e o “direito de modificação da obra”, postulados nos arts.24, IV e V da LDA respectivamente. Ainda, pode-se perfeitamente falar em violação ao “direito de paternidade” (art.24,V, LDA), muito embora a obra não seja idêntica, ela traz consigo sua síntese criativa, sem indicar ou mencionar seu criador. (ROCHA, 2011, p.38)

Da esfera patrimonial, fere-se o “direito exclusivo de autor” e a dependência de “autorização prévia e expressa para qualquer transformação”, postulados nos arts.28 e 29, III respectivamente, ambos da LDA, respectivamente. (ROCHA, 2011, p.38)

Para compreender da melhor forma o tema do plágio música, é importante ter-se esclarecidos alguns conceitos técnicos básicos sobre a música, eis que tais nuances técnicas da música soam completamente estranhas para a área jurídica.

O som é produzido por vibrações. A música por sua vez, é a reunião e a combinação dos sons dispostos e ordenados em diversos padrões que contém até três elementos:

Melodia: é formada pela sucessão organizada de notas individuais originando frases musicais; Ritmo: é a sucessão de sons com durações curtas ou longas que criam movimento; Harmonia: é o agrupamento e a ordenação de sons simultâneos que mantém relação entre si. (ALVES, 1956, p.11)

O “compasso” é o espaço no qual se agrupa um tempo de apoio (forte) seguido de alguns tempos mais fracos. Ao ouvir uma música, é corriqueiro que o ouvinte marque os tempos batendo com o pé no chão ou acompanhando com palmas. Existem compassos simples, (que podem ser binários, ternários e quaternários) e também compassos acéfalos ou anacrústicos. (ALVES, 1956, p.28-43)

Da interação entre melodia ritmo e harmonia, surge o que se chama de “paisagem sonora”, que está intrinsecamente ligada à criação musical. Por derradeiro, a obra musical - assim como qualquer criação do espírito é- reúne os três elementos que caracterizam a criação, isto é, “ideia, forma, e substância”. É na forma que reside a melodia, o ritmo e a harmonia como elementos que constituem a obra. (ROCHA, 2011, p.33)

O conceito proposto por Rocha (2011, p.33) é de que a criação musical seria um “gênero de obra intelectual” que, a partir da organização integrada entre os elementos principais da música (melodia, ritmo e harmonia), expressa um discurso artístico capaz de criar “paisagens sonoras” que podem ser percebidas e contempladas pelas pessoas.

A composição como obra musical é uma obra autônoma, originária, *primígena* visto que é criada sem a vinculação com outra obra já existente (art.5, VIII, “f”, LDA). Diferente é o caso dos arranjos (art. 29, III, LDA), orquestrações (art. 14, LDA) e adaptações (art.5, VIII, “f”, LDA) que são obras derivadas. Tais contribuições ainda são autênticas, visto que se preserva a obra musical preexistente, mas res-

salte-se que tanto o arranjo, quanto as adaptações necessitam da anuência expressa do autor, conforme postula o art. art. 29, III, da Lei de Direitos Autorais.

Arranjar é a orquestrar um tema popular com liberdade de concepção harmônica e rítmica, onde a melodia pode ser disposta preferir pelo músico arranjador. Pouco importa a harmonia usada antes, ainda que usada diversas vezes, ele pode usar a que melhor sente que se encaixa no arranjo. Orquestrar é cuidar da instrumentação e da harmonia com o respeito máximo pela preservação da melodia e harmonia criada pelo compositor, ao contrário do arranjo. É feita quando se pega uma composição popular e a “transforma” em uma música erudita, como se fosse executada por uma orquestra. (ABREU, 1968, p.115)

No senso comum, muito se fala que para a caracterização do plágio musical, é difundida a ideia “dos oito compassos idênticos”. Tal ideia consiste em que para uma obra ser considerada plágio de outra, ela deveria ter oito compassos idênticos a da obra que foi plagiada. Contudo, tal afirmativa não se sustenta, e apenas para anotar como tal assertiva demonstra-se falaciosa, toma-se este exemplo proposto por Rocha (2011, p.42): uma composição complexa possui 130 compassos, e oito deles são idênticos a outra obra já existente; já uma outra composição popular tem 10 compassos e 7 deles são similares à outra obra pretérita. Logo, questiona-se: é válido acusar o primeiro exemplo como plágio em detrimento do segundo? E se somente dois forem compassos idênticos e outros seis somente semelhantes, tal fato afastaria o plágio?

Além de inexistir previsão legal de tal situação, este critério de avaliação poderia até mesmo acusar equivocadamente uma obra de plágio que, por exemplo, partindo de um “fragmento melódico de outra” criasse algo realmente novo. Destarte, a suposta regra não passa de um mito, e não serve como parâmetro análise da caracterização do plágio, até porque os compassos podem variar de “tamanho” e padrão rítmico. (ROCHA, 2011, p.39)

Também não há que se falar em plágio no caso de obras que se encontrem em domínio público. O domínio público é caracterizado quando uma obra, ou por esgotamento do prazo ou efeitos de outras circunstâncias, pode ser usada e fruída por qualquer pessoa, independente de autorização dos sucessores do autor ou pagamento a estes. O prazo de duração é via de regra, de 70 anos (LDA, art.40) contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte a morte do autor. Estes direitos se transmitem aos herdeiros, de modo que se o autor não deixou nem um descendente,

cônjuge, ascendente ou colateral a obra cai em domínio público (LDA, art.45, I) (COELHO, 2012, p.378).

E caso plágio seja justificado como uma “inspiração”? O uso de trechos de canções folclóricas em músicas (desde que sem descaracteriza-las ou negar sua autoria) quando o autor as enriquece, a princípio, também não confira plágio, pois a elaboração é legítima como fruto de uma estética que busca a apreciação e resgate de uma cultura (ROCHA, 2011, p.42).

Existe uma dificuldade latente na análise e caracterização do plágio, pois o plagiador encontra recursos para mascar sua conduta na riqueza de meios que própria música fornece. Analisando o elemento do andamento, por exemplo. Ele traduz-se na velocidade em que a música é tocada e baseia-se na regularidade da pulsação (unidade de tempo). Os termos mais usados para indicar os andamentos são expressos em italiano, agrupados conforme o numero de batidas aproximadas por minuto (bpm): 1) lentos: *Largo, Lento, Adágio, Larghetto*; 2) moderados: *Andante, Andantino, Moderato, Allegretto*; e rápidos: *Allegro, Vivace, Presto, Prestíssimo*. (ALVES, 1956, p.47)

Além do andamento, existem indicações que “guiam” o músico na interpretação e execução da obra, por exemplo: *ad libitum, coda, dolce* e ect. Da mesma forma qualquer mudança na série de notas muda não só o andamento e construção melódica, mas também a intensidade dos sons: este elemento é chamado de “expressão”. Existem ainda elementos como os intervalos e a tonalidade da composição. Considerando estas possíveis variações, o plagiador tem a seu dispor, vários recursos para mascarar seu ato. Qualquer um que conheça minimamente tais elementos pode descaracterizar uma peça, iludindo até mesmo ouvidos mais apurados.

(ABREU, 1968, p.116).

Edman de Abreu (1968, p.121) observa que a reprodução raramente se refere a mais de uma música, e que seriam uma espécie de “citação”, porque seriam “claras, objetivas e inequívocas”. A reprodução é uma cópia parcial, de forma que a citação, (muito usada no Jazz) não é sequer, censurável. A cópia, por sua vez, nunca é de mais de uma música, sendo quase sempre total. Entende o autor que, a reprodução de mais de 2/3 de uma música passa a ser cópia.

Apenas o plágio aproveita-se de mais de uma música para formar a integridade da música plagiária, o que faz com que seguidamente o plagiador chame a mú-

sica de “quebrada”: falta-lhe uma linha “natural”, e normalmente “fluída” (ABREU, 1968, p.121).

Considerando a complexidade da análise do plágio, embora não exista uma metodologia de comparação das obras, as comparações devem ser direcionadas buscando “objetivar a ocorrência de elementos comuns em grau suficiente para gerar a ilicitude”. Esta análise comparativa é chamada de “Teste das Semelhanças”. Este procedimento tem sido adotado tanto nos regimes de *droit d’auteur* quanto de *copyright*. Com efeito, é realizado um paralelo entre as duas obras, - o “paradigma” e o “objeto da comparação” -, de abordagem qualitativa e quantitativa, normalmente feito através de laudos periciais (SANTOS, 2013, p.191).

Outra questão relevante para análise do plágio, é a realização da “prova de acesso” ou também chamada de “prova de contato”. O direito de autor não veda o desenvolvimento de obras semelhantes, desde que tais criações podem ser lícitas desde que o autor da segunda obra não tenha tido “acesso direto” nem foi influenciado pela obra anterior. No passado, a prova de acesso poderia ser uma “questão essencial” na análise da configuração do plágio. Hoje em dia, considerando a facilidade de comunicação e informação, sobretudo, potencializados pela internet, o problema só subsiste se se tratar de obra inédita. (SANTOS, 2013, p.192)

Para Abreu (1968, p.95) o elemento primordial no plágio é de ordem moral, pois quem plagia sabe, perfeitamente que está se apossando de algo que não é seu. Mesmo que ninguém perceba o plágio, algo muito difícil, no caso da música, **o plagiador sabe** de sua conduta. Logo, o grau de habilidade e conseqüente responsabilização cresce na medida em que o delito exige uma maior capacidade, discernimento e intenção em iludir. Para o autor, quem simplesmente copia uma música seria quase um “ingênuo”, conquanto que o plagiador desejasse que seu delito passasse despercebido, porque possui consciência da reprovação moral de seu ato.

Neste contexto, observa o autor que um dos elementos que caracterizam o plágio, é o ‘apoderamento’ da espinha dorsal criativa da obra:

E nunca é de mais repetir, no momento em que você ouve uma música e ela, de qualquer forma, suscita semelhança com outra, mais antiga e conhecida, é sempre muito difícil que não tenha havido plágio. Porque houve o apossamento da forma, da expressão, da motivação que caracteriza e individualiza, personalizando-a, a música mais antiga (ABREU, 1968, p.117).

Cabe lembrar, que a prática do plágio constitui ofensa aos direitos a infração penal de violação de direito autoral, tipificada no art. 184 do Código Penal, punível com reclusão, detenção ou multa. Também, é possível sanção na esfera cível, com a possibilidade de indenização, que pode sem prejuízo das primeiras, conforme os artigos 101 e 102 da LDA.

Percebe-se então, que a caracterização do plágio musical e sua própria definição ainda são bastante controversos. Também se verifica que existe uma dificuldade na sua análise judicial, uma vez que a configuração do plágio envolve na maioria das vezes envolve questões técnicas e específicas que não são, via de regra, de conhecimento do juiz.

Logo, por não existirem regras que dispõem sobre a caracterização do plágio musical, de sorte que parece plausível que ele seja analisado em cada caso individualmente, razão pela qual o presente trabalho ira, no item que segue, fazer uma análise jurisprudencial afim de visualizar de que forma os tribunais estão analisando e decidindo tais demandas.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao pesquisar-se pelas palavras-chave “Plágio” e “Música”, reporta-se aos resultados de apenas cinco jurisprudências. Destaca-se aqui uma delas afim de elucidar que o referido tribunal, em sede de apelação, manteve a decisão de configuração de plágio proferida em primeira instância, no sentido de que a cessão de direitos autorais deve ser expressa e escrita, e não somente presumida e verbal. Destarte, o plágio aqui foi entendido como “a apresentação de uma obra intelectual” que contém partes de outra obra sem atribuição dos créditos ao autor original.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAL. DIREITO AUTENTAL. MÚSICA. PUBLICAÇÃO EM CD. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR DA OBRA. CONTRAFAÇÃO CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE. DANO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO JUDICIAL SEM PROVA DO DANO OU

INDICAÇÃO DE CRITÉRIO OBJETIVO PARA APURAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO PELA PARTE LESADA. VALOR FIXADO NO LIMITE DA INSURGÊNCIA. DANO MORAL MANTIDO. **Trata-se de apelação interposta contra a sentença de parcial procedência exarada em ação de indenização por danos material e moral que discute plágio em música de autoria do autor.** CONTRAFAÇÃO - As impugnações dos demandados apenas sustentam que o autor cedeu a sua obra gratuitamente e de forma verbal. No entanto, apenas uma testemunha, que ouvida como informante, confora esta tese. Além disso, o artigo 50 da Lei n. 9.610/98 determina que a cessão de direitos autorais presume-se onerosa e somente pode ser feita por escrito. Contrafação configurada. [...] Assim, considerando as premissas acima especificadas e as peculiaridades do caso concreto, considero justo o valor arbitrado pelo juízo de Primeiro Grau, motivo pelo qual deve ser mantido. APELAÇÃO DA PARTE RÉ PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70053034864, Sexta Câmara Cível, Tribun Costa da Silva Tavares, Julgado em 17/12/2015)

No intuito de ampliar as pesquisas jurisprudenciais em outros tribunais, a pesquisa volta-se para o Tribunal de Justiça de São Paulo. Também, a pesquisa consistiu na busca das palavras-chave “Plágio” e “Música”, onde os resultados foram maiores, reportando ao total de 56 ocorrências.

Através da análise destas jurisprudências, percebe-se que o tribunal mantém o entendimento de que não configura plágio a similitude de obra musical com obra que já se encontre caída em domínio público:

CAUTELAR PREPARATÓRIA DE BUSCA E APREENSÃO - AÇÃO PRINCIPAL DE INDENIZAÇÃO - **DIREITOS AUTORAIS DE VERSÃO DE MÚSICA SOB DOMÍNIO PÚBLICO - CANTIGA POPULAR “PEIXE VIVO”** - SENTENÇA QUE RECONHECEU A LEGITIMIDADE DA CORRÉ SIGLA - OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA - CONTRADIÇÃO E AGRAVO RETIDO QUE COINCIDEM COM A PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, TRATANDO TODAS ELAS DO CONTRADITÓRIO SOBRE A PROVA PERICIAL - OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO CONCEDIDA- IMPUGNAÇÃO REALIZADA - PRELIMINARES REJEITADAS - **PLÁGIO DA VERSÃO DOS AUTORES NÃO RECONHECIDO - DIFERENÇANA LETRA E MELODIA - SEMELHANÇAS RESTRITAS AO TRECHO E RITMO SOB DOMÍNIO PÚBLICO** - AÇÃO IMPROCEDENTE - SENTENÇAMANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

(Relator(a): Erickson Gavazza Marques; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/12/2014; Data de registro: 19/12/2014)

Corroborando com os estudos feitos no trabalho, o TJ-SP tem firmando entendimento de que a mera similitude entre notas músicas -que sublinhe-se, não denotem a intenção do agente em apropriar-se da criação de outrem – não é suficiente para configuração do plágio:

DIREITO DO AUTOR –AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS –SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – PLÁGIO –INEXISTÊNCIA –MERA SIMILARIDADE DE NOTAS MUSICAIS QUE NÃO EVIDENCIAM O ANIMUS DE SE APROPRIAR DE CRIAÇÃO DE OUTREM –AUSENTE CONTRAFAÇÃO, INEXISTE DANO, MORAL OU MATERIAL, A SER INDENIZADO –ÔNUS SUCUMBENCIAIS REARRANJADOS –RECURSO PROVIDO.

(RELATOR(A): RUI CASCALDI; COMARCA: SÃO PAULO; ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO; DATA DO JULGAMENTO: 02/02/2016; DATA DE REGISTRO: 02/02/2016)

Percebe-se também, no que diz respeito a instrução probatória, que a utilização da prova pericial demonstra-se uma saída eficaz e adotada pelo tribunal para dirimir questões e dúvidas acerca dos aspectos técnicos do plágio musical, especificamente. Pois não pode-se olvidar, que o plágio em música envolve questões técnicas, que nem sempre são de conhecimento do magistrado. Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER C.C. INDENIZATÓRIA. PLÁGIO MUSICAL. PERITO CONCLUIU PELA COINCIDÊNCIA MELÓDICA, RÍTMICA, TIMBRÍSTICA E FUNCIONAL ENTRE OS DOIS COMPASSOS DA CANÇÃO “HEADHUNTER” E AQUELES UTILIZADOS NA CANÇÃO “CONTROL NA MÃO/ENTRA E SAI. RIFF DE AMBAS AS CANÇÕES ABSOLUTAMENTE IGUAL. DIREITOS AUTORIAIS VIOLADOS. LEI 9610/98. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS QUE TOMARÁ COM BASE O VALOR DA RECEITA AUFERIDA COM AS VENDAS DOS PRODUTOS FONOGRAFICOS, E QUALQUER TIPO DE EXPLORAÇÃO DIRETA OU INDIRETA, OBSERVANDO A DIVISÃO DO VALOR ENCONTRADO NO CASO DA RECEITA PELA VENDA, PELO NÚMERO DE FAIXAS

CONTRAFEITAS EM CADA CD. SENTENÇA MANTIDA. ART. 252 DO REGIMENTO INTERNO DESTA E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DESPROVIDO. (RELATOR(A): SILVÉRIO DA SILVA; COMARCA: SÃO PAULO; ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO; DATA DO JULGAMENTO: 13/08/2014; DATA DE REGISTRO: 21/08/2014)

Em relação a prova pericial, observa-se que existem casos em que se dispensa sua produção, pois entende que o plágio resta tão evidente que julga desnecessária sua produção. Neste sentido, destaca-se esta decisão do Tribunal de Justiça do Paraná:

EMENTA: I - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO COMINATÓRIO. DIREITO AUTORAIS. PLÁGIO DE MÚSICA. PEDIDOS JULGADOS IMPROCEDENTES POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IICERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL INDEFERIDA POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA NÃO RECORRIDA. PRECLUSÃO. IIIDESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. REPRODUÇÃO INDEVIDA DE PARTE DA LETRA E DA MELODIA DA MÚSICA DO AUTOR. PLÁGIO QUE SE CONSTATA DA SIMPLES REPRODUÇÃO DAS MÚSICAS. ART. 5º, VII DA LEI 9610/98. IVDANO MORAL CONFIGURADO. ART. 24, IV DO DIPLOMA LEGAL MENCIONADO. R\$ 10.000,00, CONSIDERANDO, DE UM LADO, O VOLUME DE VENDAS DO CD QUE CONTINHA A MÚSICA PLAGIADA, E DE OUTRO, QUE O PLÁGIO FOI PARCIAL. V.DANOS MATERIAIS. 40% SOBRE O VALOR DA VENDA DOS CDS. VALOR A SER DETERMINADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. VI.DETERMINAÇÃO DE QUE OS RÉUS SE ABSTENHAM DE APRESENTAR A MÚSICA PLAGIADA, E DE RETIRADA DA MESMA DAS PRÓXIMAS TIRAGENS DO CD DA BANDA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA NO VALOR DE R\$ 100,00. VIIRECURSO PROVIDO. (TJPR - 8ª C.Cível - AC - 724381-6 - Francisco Beltrão -Rel.: Jorge de Oliveira Vargas - Unânime -- J. 24.03.2011)

Voltando as análises do TJ-SP, neste caso, o laudo pericial, em que pese fosse feito por um especialista na área, foi refutado pelo Juiz de primeira instância. O perito não definiu o plágio na sua especialidade artística, mas concluiu no laudo pericial pela ocorrência do plágio, devido a uma aproximação capaz de evocar um confusão entre uma “imagem sonora” da outra em um contexto que não há citação ou metalinguagem.

Juiz observa que o perito não realizou uma análise minuciosa da melodia, ritmo e harmonia. Sem esclarecer tais pontos, e considerado que durante a instrução probatória os assistentes periciais do réu foram claros em suas exposições, o perito judicial comprometeu o convencimento dos laudo pericial. Outrossim, também não mostrou imparcialidade no que tange a subjetividade opinativa de uma obra Musical. Não estando o juiz vinculado ao laudo pericial para decidir a decisão foi pelo improvimento da ação em primeira instância, decisão que foi mantida em sede de apelação:

AÇÃO INDENIZATÓRIA DIREITO AUTORAL – PEÇA MUSICAL – ALEGAÇÃO DE PLÁGIOPROVAS COMFLITANTESPLÁGIO NÃO RECONHECIDO - JUIZ QUE NÃO SE ENCONTRA ADSTRITO AS CONCLUSÕES DO LAUDO OFICIALOPÇÃO FUNDAMENTADA SENTENÇA MANTIDARECURSO DESPROVIDO.
(Relator(a): Moreira Viegas; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/11/2011; Data de registro: 10/11/2011; Outros números: 5318284000)

Diante de tais análises, passe-se então para as considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano possui uma capacidade única de, através de seu intelecto, expressar e exteriorizar suas ideias através de criações. Reconhecendo essa habilidade ímpar, a propriedade intelectual é o ramo do direito que tutela e protege as criações fruto da habilidade intelectual do ser humano. Logo, as criações que se justificam pela criatividade, ou seja, as obras literárias e artísticas pertencem ao ramo do direito autoral.

A proteção às obras intelectuais e aos direitos autorais é assegurada tanto pela Constituição de 1988 quando pela Lei de Direitos Autorais. Conforme foi demonstrado, a obra musical é considerada uma “criação de espírito”, uma obra artística, e por esta razão, ela está protegida pelo instituto do direito autoral. É caso das composições musicais - tenham ou não letra -, e das orquestrações, versões, arranjos e adaptações.

Contudo, assim como qualquer obra intelectual, a obra musical está sujeita à violações de direitos, tanto no caráter patrimonial como moral. Um das destas formas de violação aos direitos autorais, - a qual este trabalho se centrou - é o plágio.

De acordo com o que foi explicado, o conceito de plágio, em um sentido mais amplo, pode ser visto como uma falsa atribuição da criação de uma obra, em que o plagiador apropria-se indevidamente da essência criativa da obra, reclamando si a autoria. Em outras palavras, o plagiador se apodera de partes, ou da até mesmo da totalidade da obra e as utiliza como se fosse uma criação dele. Como anotado também, o plágio não se confunde com a paráfrase, a paródia e a contrafação.

A questão do plágio torna-se ainda mais controversa em se tratando do plágio musical. Embora se saiba que a situação seja recorrente, a discussão ainda é bastante incipiente no meio jurídico e acadêmico, pois se trata de tema bastante difundido na sociedade, mas pouco pesquisado.

Neste íterim, segundo alguns posicionamentos aqui explorados, anota-se que uma das características mais diferenciadoras do plágio é a sua intenção de “disfarçar”, “ludibriar” e enganar, uma vez que o que o plágio é mais do que a mera cópia servil da obra. Seu caráter é mais insidioso, uma vez que o plagiador além de se apoderar da obra, vale-se de estratégias e de conhecimentos técnicos musicais para “mascarar” o ato do plágio, fato que dificulta sua análise e prova em possível demanda judicial.

Em razão da facilidade e velocidade em que informação é disseminada, sobretudo pelos das tecnologias de comunicação e informação, e do processo globalizatório, a realização da “prova de contato”, ou prova de acesso, é de grande importância para a análise da caracterização do plágio. Saber se o autor do plágio teve acesso à obra plagiada, de forma “pessoal” ou através de algum suporte midiático em algum momento parece ser um bom ponto de partida para análise do plágio.

Normalmente, o plágio volta-se para a melodia, mas isto não é regra. O plagiador se apodera do âmago criativo da obra, de sua espinha dorsal e a partir disto, desenvolve sua “criação”, fazendo pequenas alterações e modificações para tentar disfarçar sua conduta. Destarte, o caráter gravoso do plágio está muito mais em sua manipulação, do que propriamente na sua reprodução sem autorização. Não obstante, a prática do plágio configura uma afronta aos direitos do criador da obra por uma série de razões da ordem patrimonial e moral.

O plágio na música é uma área ainda nebulosa, de forma que existem até mesmo mitos difundidos na sociedade sobre sua caracterização. Trata-se da ideia dos “oito compassos idênticos”, que conforme restou demonstrado, tal assertiva não se sustenta logicamente e tampouco encontra amparo na lei, na doutrina ou na jurisprudência.

Também, é uma questão gera discussões porque a música enquanto obra musical é carregada de elementos subjetivos, e sua análise muitas vezes envolve uma série de conhecimentos técnicos que são estranhos à área do Direito. O fato de não existir previsão legal de sua caracterização também dificulta sua análise e prova em juízo.

A fim de analisar como a questão está sendo discutida nos tribunais, realizou-se uma análise jurisprudencial nos Tribunais dos Estados de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul. De acordo com análises e jurisprudências coletadas nestes tribunais, algumas questões suscitadas neste artigo formam corroboradas, no sentido de sua caracterização e instrução probatória.

Destaca-se então, as assertivas de que a cessão de direitos de obra musical para outrem precisa ser, necessariamente expressa e escrita e de que o uso de obra caída em domínio público não configura plágio. Outrossim, a mera similitude de notas musicais em que não se verifique a intenção do agente de apropriar-se da criação de outrem não é suficiente para ensejar o plágio.

No que tange a produção de provas, a prova pericial tem sido adotada para análise do plágio musical, considerando que pode ser difícil a sua verificação sem uma análise minuciosa de elementos técnicos. Contudo, como se viu, há casos que sua produção é desnecessária, tendo em vista a evidência clara e nítida do plágio. Também, encontram-se jurisprudências que apontam que o laudo pericial não constitui “prova absoluta”, de forma de que o juiz não fica vinculado a decidir com base no parecer técnico.

Sem a pretensão de esgotar o tema, parece certo que as pesquisas neste campo precisam continuar, considerando o atual estado da arte onde os estudos são ainda incipientes. Tais pesquisas são fundamentais para que se possa pensar e em formas e mecanismos de garantir uma proteção eficaz a uma das formas de arte mais antigas, difundidas em todas as culturas, e tão ligada a subjetividade de intersubjetividade humana.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Edman Ayres de. *O plágio em Música*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.
- ALVES, Luciano. (1956) *Teoria Musical: lições essenciais*. São Paulo: Imãos Vitale, 2011.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2.ed São Paulo: Renovar, 1997.
- BRASIL. Constituição da República (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 07 de maio de 2017.
- BRASIL. *Lei de Direitos Autorais*: Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm> Acesso em 07 de maio de 2017.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Sentença 75248/2012*, Relator Felipe Só dos Santos Lumertz. Autor: Gerson Trindade Brandolt, Réus: Chiquito & Bordoneio Ltda. Márcio Zanini Fava; ACIT Comercial e Fonográfica Ltda.; Ronaldo José Caldas. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_sentenca.php?id_comarca=alegrete&num_processo=10900006587&code=2833&nomecomarca=&orgao=1ª Vará Cível : 1 / 1> Acesso em 05 maio 2017
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Nº 70053034864* (Nº CNJ: 0028111-33.2013.8.21.7000). Relator Sylvio José Costa da Silva Tavares. Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70053034864%26num_processo%3D70053034864%26codEmenta%3D6613370+PL%C3%81GIO+M%C3%9ASICA++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8-&site=ementario&access=p&oe=UTF8-&numProcesso=70053034864&comarca=Comarca de Alegrete&dtJulg=17/12/2015&relator=Sylvio Jos%C3%A9 Costa da Silva Tavares&aba=juris> Acesso em 03 de maio de 2017
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Acórdão de Apelação nº* 0201508-81.2006.8.26.0100. Relator: Erickson Gavazza Marques. Apelante: Valdemar De Jesus Almeida E Outro. Apelado: Nascimento Edições Musicais e Outros. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8120123&cdForo=0>> Acesso em 03 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0007587-26.2012.8.26.0011*. Relator: Rui Cascardi Apelantes: PARTIDO REPUBLICANO BRASILEIRO - PRB; CELSO UBIRAJARA RUSSOMANNO; MARCOS AURELIO TOGNI; VALDIR VIEIRA e SILVA. Apelados: CRISTINA MAURIZIA NICOLOTTI e JOSE CARLOS BLOISE.

Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9135240&cdForo=0>> Acesso em 03 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0130079-59.2003.8.26.0100*. Relator Silvério da Silva. Apelantes: Universal Music Publishing Brasil MGB e Universal Music LTDA, Apelados: Editora e Importadora Fermata do Brasil LTDA; Pias Group SPRI, Strictly Confidential; Richard Jonckheere; Daniel Bressanutti; Patrick Codenys e Jean-Luc De Meyer. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7783544&cdForo=0>> Acesso em 03 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação nº 724381-6*. Relator: Des. Jorge De Oliveira Vargas Apelante : Augustinho Alves Pereira Apelados: Alberi Vargas de Mellos e Outro. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11086120/Acórdão-724381-6>> Acesso em: 02 de maio de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 9143523-73.2007.8.26.0000*. Relator Moreira Viegas. Apelante EMI Music Brasil LTDA Divisão Itaipu. Apelados: Taterka Comunicações LTDA e Mcdonald S Comercio De Alimentos LTDA. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5525563&cdForo=0>> Acesso em: 02 de maio de 2017

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, volume 4: direito das coisas e direito autoral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. 4ª Ed., Rio de Janeiro: Record, 2001.

ROCHA, Fabíola Bortolozo do Carmo. *Plágio musical como violação de direitos de autor*. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: v. 18, n. 30, p. 29-54, abril de 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/75007>> Acesso em: 19 abril de 2017.

SANTOS, Manuel J. Pereira dos. *Contrafação e plágio como violações de direitos de direito autoral*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Propriedade intelectual : direito autoral. São Paulo Saraiva 2013.

THOMPSON, Jonh B.. *A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia*. 7ª Edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

WACHOWICZ, Marcos; COSTA, José Augusto Fontoura. Curitiba: Gedai Publicações/UFPR, 2016.

WILLINGTON, João; OLIVEIRA, Jaury N. de. *A nova lei brasileira de direitos autorais*. 2.ed.. São Paulo: Lumen Juris, 2002.

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

GT2

10

INOVAÇÃO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA A PARTIR DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA EM PROL DO SER HUMANO.

INNOVATION: A CRITICAL APPROACH FROM THE TRANSFER
OF TECHNOLOGY FOR THE BENEFIT OF THE HUMAN BEING.

*Lilian Ramos Jacob*¹⁶³

*Liz Beatriz Sass*¹⁶⁴

Resumo: O artigo objetiva apresentar uma abordagem crítica da inovação, tendo como ponto de partida o seguinte questionamento: de que modo a legislação brasileira versa o conceito de inovação, e, a partir dos contratos de transferência de tecnologia, como a relação entre os agentes de inovação pode se constituir em instrumento para o desenvolvimento nacional em prol do ser humano? Neste intuito, a partir de pesquisa bibliográfica, o artigo trata, num primeiro tópico da inovação e o do marco regulatório brasileiro, para, num segundo tópico, realizar uma análise dos agentes de inovação e dos contratos de transferência de tecnologia. Por fim, o

163 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, com bolsa de financiamento CAPES. Possui Especialização em Direito Público pela FMP/RS. Graduada em Direito-Unisinos.

164 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2016), com estágio de Doutorado na Universidade de Alicante (Espanha) pelo PDSE da CAPES. Possui Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006) e Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005). É professora efetiva do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Atua como pesquisadora do Grupo de Estudos de Direito Autoral e Industrial - GEDAI, vinculado à Universidade Federal do Paraná.

terceiro tópico aborda a legitimidade constitucional da inovação e os limites éticos em prol do ser humano.

Palavras-chave: Inovação. Transferência de tecnologia. Desenvolvimento.

Abstract: The article aims to present a critical approach to innovation, starting with the following question: how Brazilian legislation deals with the concept of innovation and, based on technology transfer contracts, how the the relationship between innovation agents can be an instrument for national development for the benefit of human being? In this sense, based on a bibliographical research, the article deals, in a first topic, with innovation and the Brazilian regulatory framework and, in a second topic, analyze the agents of innovation and technology transfer contracts. Finally, the third topic deals with the constitutional legitimacy of innovation and the ethical limits for the benefit of the human being.

Keywords: Innovation. Technology transfer. Development.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento de um país está intimamente ligado ao potencial de inovação que ele é capaz de gerar. Essa realidade, advinda da concepção de uma sociedade atrelada ao consumo, introduz no convívio social e produtivo a noção de que a inovação é essencial para o ser humano.

A inovação constitui-se, portanto, na capacidade de produzir “o novo” a cada dia, em busca de soluções para os problemas enfrentados no cotidiano. Desde a concepção schumpeteriana de que a inovação constitui-se em mola propulsora do capitalismo, o desenvolvimento das ciências e das técnicas tornam-se importantes para o contexto econômico.

Diante deste cenário, o plano governamental do Brasil, nas últimas décadas, vem estreitando relações entre a academia, a indústria e o governo para fins de produção de novos conhecimentos e geração de inovação a partir de contratos de transferência de tecnologia. No entanto, trata-se de um contexto ainda em construção, no qual interesses diversos são colocados em jogo e diante do qual a legislação

brasileira ainda encontra desafios, principalmente no sentido de tornar os contratos de transferência de tecnologia um instrumento da inovação e que, sobretudo, não considere apenas os aspectos econômicos, mas também o desenvolvimento em prol do ser humano.

Assim, o artigo tem como propósito responder o seguinte questionamento: de que modo a legislação brasileira versa o conceito de inovação, e, a partir dos contratos de transferência de tecnologia, como a relação entre os agentes de inovação pode se constituir em instrumento para o desenvolvimento nacional em prol do ser humano? O artigo é fruto de pesquisa bibliográfica, sendo consultada a legislação e a doutrina sobre o tema.

Desse modo, no intuito de apresentar uma abordagem crítica da inovação, o primeiro tópico trata da inovação e do marco regulatório brasileiro. Já o segundo tópico analisa os agentes de inovação e os contratos de transferência de tecnologia. Por fim, o terceiro tópico, busca verificar a legitimidade constitucional da inovação e os limites éticos em prol do ser humano, apresentando uma abordagem crítica da relação entre a inovação e a transferência de tecnologia no contexto brasileiro.

A INOVAÇÃO E O MARCO NORMATIVO BRASILEIRO

A sociedade contemporânea está sempre em busca de algo novo, algo inovador que possa trazer soluções para seus problemas da realidade. A ideia de sobrevivência, de constante mudança e de desejo pelo novo, faz com que o ser humano passe, nesse contexto, a ser influenciado em diversos aspectos, notadamente, o econômico, o social, o intelectual e o ambiental, por essa sociedade do consumo¹⁶⁵.

A relevância da ideia de inovação no sistema capitalista pode ser compreendida a partir do pensamento de Joseph Schumpeter¹⁶⁶. De acordo com o autor, o capitalismo possui uma força interna que causa instabilidade no próprio sistema, a qual não é decorrente de fatores políticos e sociais ou outros fatores externos. Esta força é originada pela dinâmica de novas combinações de recursos e de fatores de

165 ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p. 05-14.

166 SCHUMPETER, Joseph Alois. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. XVI, 512p. (Biblioteca Fundo Universal de Cultura. Estante de economia)

produção, as quais resultam em novos produtos ou novas técnicas de produção e comercialização de mercadorias.

Para Schumpeter¹⁶⁷ o capitalismo é uma forma ou um método de transformação econômica, desse modo “[...] o impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista”. O autor denomina esse processo característico do capitalismo de “destruição criadora”, pois sua função consiste em revolucionar incessantemente a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo o antigo e criando novos elementos.

É nesse contexto, portanto, que a inovação torna-se uma característica distintiva do capitalismo, exigindo uma constante mudança, principalmente no âmbito empresarial, para fins de adequação às exigências dessa sociedade do consumo. Nesse sentido, é importante a análise da inovação na conjuntura brasileira para aferir de que modo está sendo tratada na legislação pátria, assim como, a partir do seu conceito, identificar sua origem e sua importância.

Desde sua concepção literal¹⁶⁸, a inovação já esboça a possibilidade de mudança, ou seja, de transformar algo que vinha se comportando de uma determinada maneira de tal forma a torná-la diferente, inovadora. Ressalta-se que invenção e inovação são entendidas a partir de concepções diferenciadas. Assim, a invenção consiste na criação de um novo artefato, o qual pode ou não ter relevância econômica. Esta invenção só poderá se tornar uma inovação se ela for transformada em uma nova maneira de produzir mercadoria, sendo explorada economicamente¹⁶⁹. Consequentemente, a inovação pode ser caracterizada como a combinação de recursos já existentes para a produção de mercadorias, ou para a sua produção de um modo mais eficiente, ou, ainda, para acessar novos mercados¹⁷⁰.

167 SCHUMPETER, Joseph Alois. Capitalismo, socialismo e democracia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. XVI, 512p. (Biblioteca Fundo Universal de Cultura. Estante de economia). p. 105.

168 Compreender o termo inovação e sua concretização nas mais variadas formas implica, em primeiro plano, entender o seu significado conceitual, ou seja, o próprio sentido da palavra. Inovação é uma palavra que tem origem no latim, *innovatio*, e quer dizer “ação ou efeito de inovar”, pressupõe um fazer algo novo. INOVAÇÃO. In: DICIO: dicionário online de português. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/inovacao/>>. Acesso em: 03 Nov. 2016.

169 SCHUMPETER, Joseph Alois. Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1982. XV, 169p. (Os economistas)

170 De modo semelhante, exemplifica Paulo Bastos Tigre: “A invenção se refere à criação de um processo, técnica ou produto inédito. Ela pode ser divulgada através de artigos técnicos e científicos,

Internacionalmente, como referenciais utilizados sobre o conceito de inovação, seu destaque adveio com a edição do Manual de Frascati¹⁷¹ e do Manual de Oslo¹⁷², ambos da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). O Manual de Frascati se ateve a descrever o que é pesquisa e desenvolvimento, já o Manual de Oslo refere conceito de inovação, explicitando sua incidência sobre produtos, processos, *marketing* e métodos organizacionais, assim definidos:

Uma 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 do local de trabalho ou nas relações externas.

(...)

Uma inovação de produto é a introdução de um bem ou serviço ou significativamente melhorado no que concerne a suas características ou usos previstos. Incluem-se melhoramentos significativos em especificações técnicas, componentes e materiais, softwares incorporados, facilidade de uso ou outras características funcionais.

(...)

Uma inovação de processo é a implementação de um método de produção ou distribuição novo ou significativamente melhorado. Incluem-se mudanças significativas em técnicas, equipamentos e/ou softwares.

(...)

Uma inovação de *marketing* é a implantação 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.

(...)

Uma inovação organizacional é a implementação de um novo método organizacional nas práticas de negócios da empresa, na organização do seu local de trabalho ou em suas relações externas¹⁷³.

registrada em forma de patente, visualizada e simulada através de protótipos e plantas piloto sem, contudo, ter uma aplicação comercial efetiva. Já a inovação ocorre com a efetiva aplicação prática de uma invenção”. TIGRE, Paulo Bastos. Gestão da inovação: a economia da tecnologia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 72.

171 ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Manual de Frascati 2002: medição de atividades científicas e tecnológicas: tipo de metodologia proposta para levantamentos sobre pesquisa e desenvolvimento experimental. Tradução: Olivier Isnard. São Paulo: F. Iniciativas, 2013. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0225/225728.pdf>. Acesso em: 05 novembro 2016.

172 COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD); FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP) (Org.). Manual de Oslo: propostas de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>>. Acesso em: 06 Nov. 2016. p. 55.

173 COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD); FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP) (Org.). Manual de Oslo: propostas de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>>. Acesso em: 06 Nov. 2016. p. 55-60.

A partir de tais conceitos, é possível verificar que a inovação implica, dessa forma, em inserir mudanças dentro de uma ordem existente, sendo a inovação incremental aquela que insere as chamadas melhorias ou aperfeiçoamentos, e a inovação radical a que “[...] rompe as trajetórias existentes [...]”¹⁷⁴, ou seja, transforma por completo o que se costumava fazer.

No que se refere à legislação brasileira, a Lei de Inovação, Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004, dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e é regulamentada pelo Decreto nº 5563/2005. Originalmente, a Lei de Inovação definia inovação como “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo ou social que resulte em novos produtos, processos ou serviços”¹⁷⁵.

Inspirada na Lei de Inovação Francesa (Lei nº 82.610, Julho de 1982) e no *University and Small Business Patent Procedures Act*, de 1980, a Lei de Inovação de 2004, representou um marco inaugural da preocupação inovativa no Brasil¹⁷⁶. Para Rauen, a Lei de inovação é como:

[...] um arcabouço jurídico-institucional voltado ao fortalecimento das áreas de pesquisa e da produção de conhecimento no Brasil, em especial da promoção de ambientes cooperativos para a produção científica, tecnológica e da inovação no país¹⁷⁷.

Não obstante, esta legislação foi recentemente alterada, passando a ser regulada pela Lei nº 13.243/2016. Dentro no novo ambiente normativo, a inovação passou a ser conceituada da seguinte maneira:

Introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou

174 TIGRE, Paulo Bastos. *Gestão da inovação: a economia da tecnologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. p. 74.

175 BRASIL. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Lei de inovação. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

176 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. n.º 43. Fev. 2016. p. 21.

177 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. n.º 43. Fev. 2016. p. 21.

processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho¹⁷⁸.

A mudança conceitual refere-se basicamente à introdução da novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social, e não somente um ou outro como definido anteriormente. Ademais, inclui os conceitos de novas funcionalidades ou características que resultem em melhorias e ganhos de qualidade ou desempenho a produtos, serviços ou processos já existentes¹⁷⁹.

Ademais, cabe referir o conceito esculpido na Lei nº 11.196/2005¹⁸⁰, chamada de Lei do Bem, que dispõe sobre incentivos fiscais como instrumento de apoio à inovação às empresas que desejam investir em pesquisa e desenvolvimento para geração de novos produtos e processos. Este texto legislativo prevê, no art. 17, § 1º, o conceito de inovação da seguinte forma:

Inovação tecnológica: a concepção de novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando maior competitividade no mercado¹⁸¹.

178 BRASIL. Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016. Lei de inovação. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei nº 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional nº 85, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113243.htm>. Acesso em: 05 Nov. 2016.

179 Para Rauen, as principais mudanças com a nova Lei de inovação em relação à anterior foram direcionadas à relação ICT-empresa no sentido de ampliar a definição de ICT a outras entidades, como as instituições de direito privado sem fins lucrativos, abrangendo e oficializando importantes instituições que produzem pesquisa e geram inovações de grande impacto; também, permitiu-se o compartilhamento e permissão de utilização de instalações de ICTs, financeira e não financeira, em vez de remunerada; nas prestações de serviços tecnológicos, formalizou-se a possibilidade de arrecadação de contrapartidas financeiras adquiridas nessas modalidades por fundação de apoio. Porém, não houve alteração sobre a forma do recebimento de retribuição pecuniária por pesquisadores envolvidos nessas atividades; no que se refere aos acordos de parceria em atividades inovativas, a oficialização referente à cessão ao parceiro privado dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes de parceria, já que “a manutenção de direitos de propriedade das tecnologias resultantes de parceria configurava-se em um ônus financeiro anual que grande parte das ICTs não tinha interesse em arcar”. RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. n.º 43. Fev. 2016. p. 25-28.

180 BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Lei do Bem. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 05 Nov. 2016.

181 BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Lei do Bem. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 05 Nov. 2016.

Sendo, assim, importa ressaltar que a definição do conceito de inovação na legislação federal de incentivo à inovação brasileira considera inovação tecnológica como sendo “a introdução de produto (bem ou serviço) ou processo, novo ou substancialmente melhorado, resultando em maior competitividade da empresa no mercado”¹⁸². Assim é possível afirmar que:

[...] o foco principal do modelo brasileiro de inovação é o mercado, ficando o foco social e o ambiental no segundo e terceiro planos, respectivamente, e sendo muitas vezes totalmente ofuscado pela forte vertente econômica utilizada na maioria dos conceitos de inovação previstos no marco legal brasileiro¹⁸³.

A partir das principais leis de incentivo à inovação no Brasil, percebe-se que a preocupação central no contexto brasileiro concentra-se na inovação de produtos e processos do setor produtivo, ou seja, como um diferencial competitivo para o setor econômico.

De modo semelhante, o Plano Plurianual 2016-2019 do Brasil¹⁸⁴, ao dispor sobre o desenvolvimento, destaca como objetivos para a Ciência, Tecnologia e Inovação os seguintes aspectos:

- Fomentar, incluindo ações internacionais, o processo de geração e aplicação de novos conhecimentos, dando especial atenção ao equilíbrio entre as regiões do país.

182 ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p. 110.

183 ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p.115.

184 “A agenda de Ciência, Tecnologia e Inovação (C,T&I) tem papel central na promoção do desenvolvimento socioeconômico dos países, sobretudo no cenário mundial contemporâneo, marcado pela crescente exigência de ganhos de produtividade e competitividade. Nesse sentido, o investimento contínuo em C,T&I, aliado à formação, capacitação e aperfeiçoamento de recursos humanos constituem demandas prioritárias às quais o Estado deve buscar atender. Ações de política pública nessa área são necessárias a qualquer país que deseja enfrentar as exigências do processo produtivo crescentemente globalizado, intensivo em conhecimento, altamente dinâmico e competitivo. Também é imprescindível que o Estado estimule a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas e nos demais entes públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e ambientes promotores da inovação, a criação, a absorção, a difusão e a transferência de tecnologia. Nos últimos anos, enquanto outras economias emergentes mudaram sua estrutura de C,T&I, o Brasil manteve sua posição relativa em termos de participação na matriz mundial. Em que pese o aumento da produção científica brasileira, o país não avançou da mesma maneira na produção tecnológica. São necessários, portanto, a busca por maior estreitamento entre a produção científica e o desenvolvimento de novas tecnologias no país. Ademais, para acelerar o ritmo do avanço científico e tecnológico brasileiro, é preciso ampliar os investimentos públicos e privados em pesquisa e desenvolvimento (P&D), fortalecer a base científica e tecnológica nacional, intensificar o esforço inovativo das empresas brasileiras e impulsionar setores e atividades intensivos em tecnologia. Para fazer frente a esses desafios, é

- Disponibilizar pesquisas, produtos e serviços para a sociedade por meio das unidades de pesquisa do MCTI.
- Promover a pesquisa, o desenvolvimento e a inovação em tecnologias digitais, componentes e dispositivos eletrônicos.
- Promover a formação, capacitação e fixação de recursos humanos qualificados voltados à ciência, tecnologia e inovação.
- Promover políticas e ações colaborativas de ciência, tecnologia e inovação para a inclusão social.
- Promover o desenvolvimento tecnológico e a inovação nas empresas e nas cadeias produtivas.
- Promover políticas e programas de pesquisa, desenvolvimento e inovação e disseminar dados e informações em áreas estratégicas¹⁸⁵.

Desse modo, é possível constatar que o plano brasileiro tem como foco o setor produtivo para a geração de inovação, sem a preocupação com o desenvolvimento humano, em especial, não refere como se dará a dinâmica desse desenvolvimento com o bem-estar social e a sustentabilidade.

Outra alteração relevante que a nova legislação sobre inovação trouxe diz respeito ao conteúdo dos acordos de parceria quanto aos direitos de propriedade intelectual. Nesse sentido, nos contratos entre ICTs - empresa, há previsão quanto à possibilidade de cessão ao parceiro privado dos direitos de propriedade intelectual das criações resultantes da parceria, já que “a manutenção de direitos de propriedade das tecnologias resultantes de parceria configurava-se em um ônus financeiro anual que grande parte das ICTs não tinha interesse em arcar”¹⁸⁶.

Por conseguinte, constata-se que a legislação brasileira reconhece a inovação como um elemento importante para o desenvolvimento do país. Afinal, nos dias de hoje, sem uma ação que coordene esforços e investimentos para o desenvolvimento

necessário fortalecer os eixos estruturantes dessa política, quais sejam: i) a formação e capacitação de recursos humanos para a pesquisa e a inovação; ii) o suporte à pesquisa e à infraestrutura científica e tecnológica e; iii) o fomento à inovação tecnológica no setor produtivo brasileiro. É nesse contexto que se deu a construção do Programa de Ciência, Tecnologia e Inovação no PPA 2016-2019. A Diretriz Estratégica do Plano que o orienta é: Promoção da ciência, da tecnologia e da inovação e estímulo ao desenvolvimento produtivo, com ampliação da produtividade, da competitividade e da sustentabilidade da economia.” BRASIL. Plano Plurianual 2016-2019. Desenvolvimento, Produtividade e Inclusão Social. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/spi-1/ppa-2016-2019/ppa-2016-2019-ascom-3.pdf>>. Acesso em: 06 Nov. 2016. p. 161.

185 BRASIL. Plano Plurianual 2016-2019. Desenvolvimento, Produtividade e Inclusão Social. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/spi-1/ppa-2016-2019/ppa-2016-2019-ascom-3.pdf>>. Acesso em: 06 Nov. 2016. p. 162.

186 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. n.º 43. Fev. 2016. p. 28.

industrial e particularmente o tecnológico, a “economia corre sérios riscos de declínio e de ser levada à situação de satélite de economias mais poderosas, a ponto de comprometimento da independência nacional não ocorrer somente no plano econômico e técnico, como também no político”¹⁸⁷.

Perante tal conjuntura, é preciso que o governo, a partir de políticas públicas, estimule e incentive a produção de novos conhecimentos e tecnologias para a geração de inovação. Contudo, na perspectiva desta pesquisa, esse processo deve levar em consideração, além do desenvolvimento econômico, notadamente, o desenvolvimento humano, social e ambiental da nação, o que, infelizmente, não é fortalecido pelo texto legislativo brasileiro quanto ao tema.

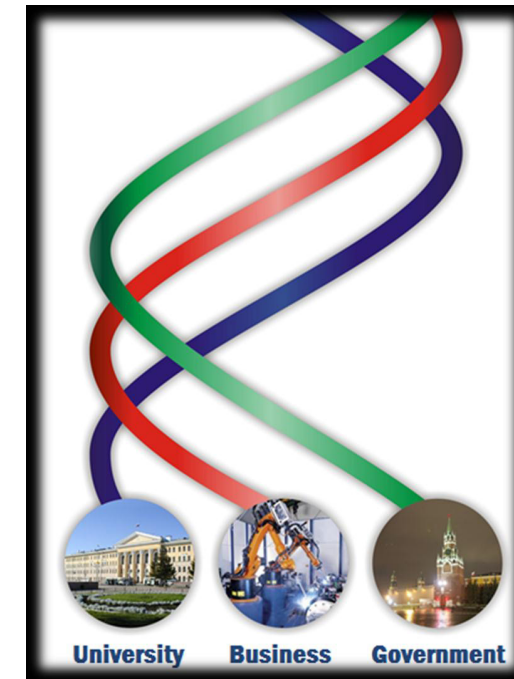
OS AGENTES DA INOVAÇÃO E OS CONTRATOS DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

O arcabouço jurídico brasileiro, a partir da Lei de Inovação de 2004, trouxe mecanismos de incentivo à inovação no cenário brasileiro, prevendo a interação entre três agentes, quais sejam: a academia, a empresa e o governo. Conforme Rauen “o objetivo da lei era que tais possibilidades funcionassem como formas efetivas de estímulo ao maior engajamento de ICTs e seus pesquisadores em atividades de inovação com empresas”¹⁸⁸.

Os três componentes do processo inovativo (academia, empresa e governo) foram objeto de diversos estudos internacionais, sendo o modelo da Hélice Tríplice de Henry Etzkowitz o de maior destaque. Nesse modelo (Figura 1), há cooperação entre os agentes, de tal forma que o movimento da hélice tríplice provoca uma verdadeira capitalização do conhecimento e uma circulação em macro e microníveis, sendo que as macrocirculações se movem ao longo das hélices, enquanto as microcirculações acontecem dentro de uma hélice em particular. O primeiro nível cria

políticas, projetos e redes de colaboração, enquanto o segundo consiste na potencia das hélices individuais¹⁸⁹.

Figura 1: Hélice Tríplice- modelo de Etzkowitz



Fonte: Etzkowitz, 2009.

Para Etzkowitz¹⁹⁰, a universidade é uma incubadora natural, que oferece uma estrutura de suporte a professores e alunos para que estes venham a desenvolver novos projetos para os setores industriais. A empresa, por seu turno, busca aproveitar o conhecimento da academia no seu processo produtivo, assim como visa estreitar relações também com o Estado. Já o governo tem a missão de estimular tanto a academia e como as empresas nesse processo. Para que este processo seja exitoso, é necessário que se busque o equilíbrio entre os três atores.

187 ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p.39.

188 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. n.º 43. Fev. 2016. p. 22.

189 ETZKOWITZ, Henry. Hélice tríplice: universidade-indústria-governo: inovação em ação. Porto Alegre: EDIPCRS, 2009.

190 ETZKOWITZ, Henry. Hélice tríplice: universidade-indústria-governo: inovação em ação. Porto Alegre: EDIPCRS, 2009.

O cenário brasileiro mostra-se favorável ao estímulo da inovação a partir desta concepção, ou seja, da interação entre a academia, a indústria e o governo, tanto é que, a Lei de Inovação dispõe de capítulo específico onde refere, para fins de incentivo à inovação no ambiente produtivo, o incentivo a esses respectivos atores¹⁹¹.

Contudo, conforme Rauen, durante os anos de vigência da Lei de Inovação, “estes incentivos foram subutilizados e, de modo geral, as parcerias público-privadas para o desenvolvimento tecnológico permaneceram em patamares aquém dos desejados”¹⁹². Desse modo:

Assim, a Lei de Inovação não foi suficiente para alterar a dinâmica de pesquisa no Brasil. As Universidades Públicas e os Institutos de Pesquisa mantêm o padrão nas formas de produzir conhecimento, sem a preocupação com o setor produtivo nacional. Portanto, impede a produção de uma pesquisa mais ousada e de impactos, que tenham como objetivo projetos inovadores com o mercado e com a sociedade¹⁹³.

Vale destacar que, para fins de coordenação e gerência desse conhecimento criado na academia para as empresas, a partir de incentivos do governo, a Lei de Inovação de 2004 instituiu os NITs - Núcleos de Inovação e Tecnologia, com atuação nos ICTs - Institutos de Ciência e Tecnologia. O principal objetivo desta estrutura está em auxiliar a gestão da política de inovação, tendo como função primordial a “gestão da política de propriedade intelectual, visando à proteção das criações, e a transferência de tecnologias produzidas pelas ICTs por meio de licenciamento”¹⁹⁴.

Porém, os NITs não conseguiam atuar de forma efetiva, pois não possuíam autonomia gerencial, orçamentária e de recursos humanos, bem como dependiam de maior segurança jurídica para operacionalizar suas atividades. No intuito de sanar

191 O Capítulo II propõe a criação de ambientes especializados e cooperativos de inovação envolvendo, de um lado, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento e, de outro lado, as empresas nacionais, Instituições de Ciência e Tecnologia- ICTs e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento. BRASIL. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Lei de inovação. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

192 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. nº 43. Fev. 2016. p. 22.

193 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. nº 43. Fev. 2016. p. 22.

194 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. nº 43. Fev. 2016. p. 23.

tais dificuldades, a partir da Lei nº 13.243/2016, os NITs passaram a poder assumir a personalidade jurídica de fundação de apoio¹⁹⁵. Isso resulta em maior flexibilidade na gestão de seus recursos financeiros, na contratação de funcionários mais qualificados e no maior profissionalismo na gestão de C, T e I das ICTs¹⁹⁶. Com isso acredita-se que a gestão da propriedade intelectual realizada pelos NITs tenha maior eficácia, possibilitando, de fato, a transferência de tecnologia¹⁹⁷.

A transferência de tecnologia pode ser assim conceituada:

(...) pode ser entendida como um processo que compreende a permissão dada pelo titular do direito da inovação para vender ou ceder a terceiros o produto de sua criação. Deste modo, trata-se de uma negociação que deve atender a determinados preceitos legais e que não implica na transferência da propriedade dos direitos de inovação, mas favorece o fluxo de comércio e disseminação de novas tecnologias¹⁹⁸.

Assim, o “conhecimento, enquanto inovação faz parte de uma nova economia, chamada de economia da inovação, e o modo de sua circulação se faz através dos contratos de transferência de tecnologia”¹⁹⁹. O conhecimento gerado pela inovação, por seu turno, geralmente é protegido pelos direitos de propriedade intelectual, que garantem ao proprietário a segurança jurídica para a exploração econômica da sua criação/invenção, por determinado período de tempo. Isso confere uma posição privilegiada no mercado ao detentor do título, pois este pode ser negociado mediante cessão (venda) ou mesmo através de licenças²⁰⁰.

195 Art. 2º, inciso VI: Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT): estrutura instituída por uma ou mais ICTs, com ou sem personalidade jurídica própria, que tenha por finalidade a gestão de política institucional de inovação e por competências mínimas as atribuições previstas nesta Lei.

196 RAUEN, Cristiane Vianna. O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa? Radar. nº 43. Fev. 2016. p. 32.

197 O art.6, da Lei de Inovação dispõe sobre a transferência de tecnologia: “Art. 6. É facultado à ICT pública celebrar contrato de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação por ela desenvolvida isoladamente ou por meio de parceria”.

198 OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Estudos de Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 273.

199 OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Estudos de Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 265.

200 OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro.

O contrato de licença é assim definido:

[...] o licenciante, titular da patente, desenho ou modelo industrial, concede ao licenciado, por tempo determinado ou indeterminado, autorização para a utilização, sob exclusiva responsabilidade deste, segundo a forma conveniada, mediante o pagamento de um preço. Há figuras semelhantes que se aproximam da licença, como a cessão de patente de invenção, que implica alienação do direito²⁰¹.

Desse modo, a licença autoriza alguém a exploração, enquanto que a cessão se caracteriza pela transferência de titularidade da propriedade intelectual, ou seja, ocorre a transferência do título, o que já não ocorre no licenciamento, em que o título permanece com o titular da propriedade²⁰².

Como vantagens do contrato de licença pode-se elencar o retorno dos investimentos realizados com atividades em Pesquisa e Desenvolvimento, apesar de nem sempre cobrir todo o investimento realizado, porém há possibilidade de lucro ao transferente. Outra vantagem, ainda, é a possível ampliação da entrada daquela tecnologia no mercado, fomentando o investimento contínuo em atividades de desenvolvimento²⁰³.

A averbação e o registro dos contratos de transferência de tecnologia é realizada no Instituto Nacional da Propriedade Industrial-INPI, sendo que, quando se tratar de patente estrangeira, deve ser realizado, também, o registro no Banco Central, para fins tributários e de entrada e saída de divisas²⁰⁴.

Na história do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, os contratos de transferência de tecnologia possuem longa tradição, que pode ser referida a partir de

quatro fases²⁰⁵. De 1950 a 1970, o foco era no controle de capitais estrangeiros, visando, principalmente, o controle de remessas de royalties e lucros ao exterior e, posteriormente, o estímulo ao desenvolvimento industrial em setores prioritários. Nesse contexto, o registro dos contratos de tecnologia foi instituído em 03 de Setembro 1962, com a Lei nº 4.131.

A segunda fase se deu a partir de 1970 até os anos de 1990, quando a estratégia passou a ser de substituição de importações. De modo geral, o foco era a regulação do mercado de tecnologia, a partir da conveniência e do interesse dos objetivos e estratégias da política nacional de desenvolvimento industrial. A terceira fase, entre 1990 e 2000, busca consolidar uma estratégia de inserção internacional, sendo marcada pela flexibilização das normas e dos procedimentos relacionados à averbação de contratos, que ocorreram no contexto das reformas do Estado. A partir daí, o Sistema de Propriedade Intelectual buscava estimular os investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento e promover a maior transferência internacional de tecnologia.

Na última fase, a partir dos anos 2000, o foco se dá no sentido de fortalecer o desenvolvimento do sistema nacional de inovação, tornando a averbação e o registro dos contratos um elemento relevante para a articulação e o fortalecimento do desenvolvimento da inovação. As ações relacionadas à defesa da concorrência e à integração internacional da economia brasileira também passaram a fazer parte deste cenário, em que se destacam os serviços de apoio ao mercado de tecnologia.

Nesse sentido, Barbosa afirma que o acordo TRIPS dispõe, no artigo 40, que algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia, e que “pode-se, talvez, tomar como parâmetros juridicamente seguros os do TRIPS, os quais, inteligentemente aplicados, podem, a nosso juízo, dar a latitude adequada à defesa econômica do mercado e auxiliar ao desenvolvimento tecnológico brasileiro”²⁰⁶.

Cabe destacar que as práticas de licenciamento que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência de tecnologia, assim, a Lei nº 8884/1994, que prevê a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Eco-

In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Estudos de Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 267-272.

201 VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. Atlas: São Paulo, 2004.

202 OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Estudos de Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 276.

203 OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Estudos de Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 276.

204 OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Estudos de Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 277.

205 BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Disponível em: < <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/historia-da-avercacao-de-contratos-no-inpi> >. Acesso em: 11 Nov. 2016.

206 BARBOSA, Denis Borges. A propriedade intelectual no século XXI: Estudos de Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 704-705.

nômica (CADE), regula os contratos que possam ter efeitos adversos no mercado. Esta Lei foi alterada em 2011, pela Lei n. 12.529, que dispõe, no seu artigo 36, § 3º, que constitui ato de infração econômica, entre outros, “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”. Sendo assim:

Os contratos de transferência de tecnologia movimentam uma economia da inovação, por isso devem ser submetidos também a análise pelo direito concorrencial, visto que existe um interesse de ordem pública na concessão e circulação de direitos de propriedade intelectual: o incentivo a inovação, ao desenvolvimento e ao progresso científico e tecnológico que só podem ocorrer dentro de um ambiente concorrencial saudável.

Os direitos de propriedade intelectual, ao reconhecerem o direito exclusivo sobre os bens imateriais, eventualmente podem caracterizar como o exercício de um monopólio abusivo, uma vez que o Estado garante o título, por determinado período, àquele que criou a inovação. Nessas situações, Denis Borges Barbosa afirma que:

Cabe ao INPI declarar estes abusos, e recusar-lhe ao registro ou averbação, salvo emenda das partes. É seu dever de órgão registral (é o dever de cada servidor, sob responsabilidade penal, não lhe aproveitando, quando alcançado tal limite, a escusa da hierarquia).

(...)

Assim, declarando a abusividade de qualquer cláusula, o INPI deve oferecer duas alternativas ao contratante que solicitou seu pronunciamento: 1) alterar, ou 2) submeter sua apreciação ao CADE²⁰⁷.

Portanto, é relevante o papel do INPI no controle das cláusulas dos contratos de transferência de tecnologia a fim de que não haja prejuízo aos demais concorrentes, desse modo será possível o estímulo à inovação sem constituir restrições aos outros inovadores.

207 OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). Estudos de Propriedade Intelectual. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015. p. 287.

A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INOVAÇÃO E OS LIMITES ÉTICOS EM PROL DO SER HUMANO

O primeiro dispositivo da Lei de Inovação brasileira, já com a alteração da legislação de 2016, contempla:

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal²⁰⁸.

Este dispositivo deve ser interpretado à luz dos artigos 218 e 219 da Constituição Federal de 1988, que no Capítulo IV, intitulado “Ciência, Tecnologia e Inovação”, estabelecem um dever do Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação²⁰⁹.

208 BRASIL. Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004. Lei de inovação. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.973.htm>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

209 “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação; § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional; § 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho; § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho; § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica; § 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo; § 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput; Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de

Conforme Barbosa, essa modalidade de desenvolvimento refere-se ao contexto do art. 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que estabelece como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a garantia do desenvolvimento nacional²¹⁰.

Porém, Barbosa destaca que “esse tema - o dos interesses do desenvolvimento em face da propriedade intelectual e da inovação- é um dos mais espinhosos no tocante à definição do que seria ‘desenvolvimento’: simples crescimento econômico, ou efetiva maturação dos beneficiários desse direito humano - como uma liberdade?”²¹¹. Trata-se, possivelmente, de um dos temas mais tortuosos no âmbito da propriedade intelectual e da transferência de tecnologia.

A partir da análise da Lei de Inovação de 2004, constata-se de que, de acordo com o texto legal, as tecnologias devem ser primordialmente apropriadas em favor do setor produtivo, ou seja, “toda a produção de conhecimento pelas ICTs fica sujeita a uma regra primordial de apropriação, e não de lançamento em domínio público”²¹². Assim, Barbosa afirma que “a tecnologia é apropriável em favor – não da ICT, não do criador, não da equipe de pesquisa-, mas basicamente em favor do sistema produtivo nacional”²¹³.

Nas palavras de Barbosa:

Não há aqui, no caso da tecnologia, um compromisso com o domínio público global, mas pelo contrário, a vontade constitucional é compatível com a apropriação de resultados com o investimento público. Não há necessariamente a apropriação privada, mas certamente há exclusão de terceiros que não participaram ou contribuíram com seus impostos para os fundos públicos em questão.

A apropriação não quer dizer denegar acesso. Pode-se ter, como no caso do software livre, em que são todos protegidos, sistemas de apropriação para uso

desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. § 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. § 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades”. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 11 Nov. 2016.

210 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 11 Nov. 2016.

211 BARBOSA, Denis Borges. A propriedade intelectual no século XXI: Estudos de Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 661.

212 BARBOSA, Denis Borges. A propriedade intelectual no século XXI: Estudos de Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 658.

213 BARBOSA, Denis Borges. A propriedade intelectual no século XXI: Estudos de Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 676.

livre do sistema produtivo nacional e negativa de uso do sistema produtivo multinacional ou estrangeiro. O problema é fazer com que o dinheiro do contribuinte seja respeitado, de forma que o dinheiro que pagamos não seja usado primordialmente por agentes econômicos que não contribuem com seus impostos para assegurar a consecução dos deveres do Estado²¹⁴.

Tal problemática, por seu turno, exige que se retome a discussão quanto ao conceito de inovação e seus respectivos reflexos no âmbito do desenvolvimento nacional, Assim, pode-se perceber que o desenvolvimento nacional almejado no texto constitucional como um objetivo da República deve levar em consideração, sobretudo, o desenvolvimento humano, ou seja, o desenvolvimento voltado para a proteção da pessoa humana e do meio ambiente, não um desenvolvimento simplesmente econômico, em que explora o ser humano sujeitando-o a mero consumidor.

Por isso, importante é o estabelecimento de limites éticos para o arcabouço da inovação. Conforme Barreto²¹⁵, essas questões vitais para a humanidade não encontram solução no campo específico do conhecimento científico e nem do sistema político e jurídico, elas precisam de uma análise ético-filosófica, que considere os avanços do conhecimento científico, as suas aplicações tecnológicas e o sistema econômico que alimenta a ciência e a tecnologia.

Ainda, conveniente ressaltar que essa sociedade em constante inovação, ou seja, a sociedade tecnocientífica, chamada por Beck²¹⁶ de sociedade de risco, evidencia uma sociedade em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais criados pela inovação tecnológica já não são mais controlados e protegidos pelas instituições tradicionais da sociedade industrial. Portanto, ao mesmo tempo em que vivencia mais produção de informação e de conhecimento, a sociedade contemporânea também se depara com um aumento considerável dos riscos, sendo que alguns deles se apresentam como consequência do próprio desenvolvimento tecnológico da sociedade informacional²¹⁷.

214 BARBOSA, Denis Borges. A propriedade intelectual no século XXI: Estudos de Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p.669.

215 BARRETO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

216 BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

217 SASS, Liz Beatriz. Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

Disso resulta que, uma das principais preocupações nessa sociedade inovadora está relacionada com a proteção do ser humano. Por isso, qualquer ação que afronte a pessoa humana é eticamente irresponsável, pois, “o retorno aos valores éticos significa colocar como pauta essencial e inegociável o ser humano e o meio ambiente”²¹⁸. Nesse teor, importante destacar a reflexão proposta por Engelmann²¹⁹:

Na realidade, o progresso científico-tecnológico precisa ser distribuído de forma justa e consciente ao ser humano. Promover o ser humano, independente de sua classe social, deve ser o fim precípua da tecnociência. Melhorar a qualidade de vida e o meio ambiente são direitos de toda pessoa.

Importante referir que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 prevê, no art. 27.1, que todo ser humano tem o direito de participar do progresso científico e de seus benefícios, deixando clara a preocupação da integração e da promoção do ser humano na sociedade tecnocientífica. Disso resulta que há, inclusive, instrumentos internacionais que contemplam a proteção e a promoção do ser humano diante dos novos desafios da sociedade tecnocientífica.

O destaque conferido aos direitos humanos é trazido na proposta de Engelmann. O autor, utilizando-se do modelo da Hélice Tríplice de Etzkowitz, que tem como base a relação entre academia, governo e indústria para a promoção da inovação tecnológica, sugere a inserção de outra hélice, que compõe o que ele chama de “hélice quádrupla”, representada pelos direitos humanos²²⁰.

Na hélice quádrupla proposta por Engelmann, a hélice dos direitos humanos tem a função de “sustentação ética na movimentação das outras três hélices, assegurando, assim, a necessária integração da inovação com a preocupação com o ser humano e o seu meio ambiente”. Assim “com esse conjunto de hélices haverá um novo conceito de inovação e assegurar-se-á uma efetiva autonomia do ser humano e da sua criatividade, configurando, assim, o ‘direito de saber’”²²¹.

218 ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p.170.

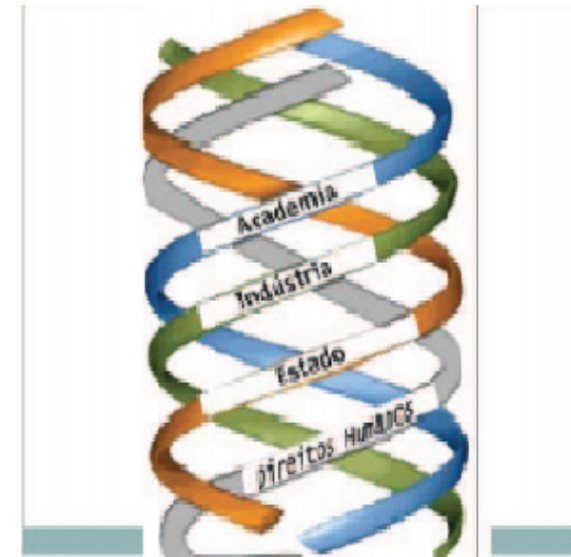
219 ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p.170.

220 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e a inovação tecnológica: a hélice quádrupla e os direitos humanos. Blog JUSNANO, São Leopoldo, 2010. Disponível em: < <http://jusunano.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

221 ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório. Paco Editorial: Jundiaí, 2016. p.185.

Segue abaixo, a figura demonstrativa do modelo de Engelmann:

Figura 2: Hélice Quádrupla- Engelmann



Fonte: Engelmann

Nas palavras de Engelmann:

O funcionamento de cada uma das quatro hélices evidencia a necessidade de rompimento de barreiras e a construção de pontes, que estejam em condições de, a partir de diferentes pontos de partida, atingir o objetivo comum do desenvolvimento econômico e social baseado no conhecimento. Cada uma das quatro hélices precisa abrir-se para as demais, a fim de viabilizar o fluxo do conhecimento por cada uma delas, gerando a possibilidade para a capitalização do conhecimento a partir da emergência da dinâmica dentro da própria produção do conhecimento. Portanto, isso se transforma em prática por meio da transformação do conhecimento em capital, e os processos por meio dos quais isso ocorre, tais como direitos de propriedade intelectual e sistemas de patentes, laboratórios de pesquisa corporativos e consórcios, transferência de tecnologia e parcerias, capital de risco (público e privado), incubadoras, etc.²²².

222 ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e a gestão transdisciplinar da inovação. In: ENGELMANN, Wilson (Org.). As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e as possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar. Curitiba: Editora Honoris Causa, 2011. p. 297-336.

A vinculação dos direitos humanos ao processo de inovação entre academia, indústria e governo é essencial, estabelece limites éticos ao agir humano no processo de inovação científico e tecnológico, haja vista que, atualmente, inúmeros são os riscos dessas atividades que podem causar danos sem precedentes²²³.

Como evidenciado anteriormente, a inovação encontra respaldo no quadro constitucional brasileiro, contudo, as políticas de inovação não devem ser minimizadas apenas ao desenvolvimento econômico, mais importante do que isso é a busca pelo desenvolvimento da pessoa humana, a sua proteção e a sua promoção, com o estabelecimento de limites éticos a partir da observância aos direitos humanos.

O contexto brasileiro permite a interação entre a academia, empresa e governo, a partir, notadamente, da proteção das criações pelo direito da propriedade intelectual e consequente negociação por contratos de transferência de tecnologia, para a geração de inovação. A constante busca por novidade se destaca nas sociedades atuais em que o consumo é incentivado como condição de felicidade. Mais do que as presentes, sobretudo, as futuras gerações precisam ser resguardadas. Essa busca pelo novo precisa estar estritamente vinculada à proteção do ser humano e de seu ambiente saudável.

Por conseguinte, constata-se que, no que tange aos contratos de transferência de tecnologia, uma leitura crítica da inovação e suas respectivas consequências no mundo contemporâneo, deve levar em consideração outros interesses além do desenvolvimento meramente econômico. Desse modo, embora a legislação brasileira volte-se exclusivamente para o setor produtivo e para o desenvolvimento econômico, a análise dos contratos de transferência de tecnologia, principalmente quando oriundos da relação entre universidade, indústria e governo, deve pautar-se por uma interpretação conforme a Constituição, que considere a proteção humana, social e ambiental. Isso implica em considerar os efeitos dessas relações contratuais para além do regime interpartes (relatividade dos efeitos dos contratos) e ponderar a

223 Uma inovação que ainda possui incertezas científicas quanto ao resultado é a Nanotecnologia, assim, “no plano da nova ciência nascem riscos que projetam possibilidades de danos, dada a incerteza da maioria dos aspectos positivos e negativos que as nanotecnologias poderão gerar; se desconhece os aspectos de causalidade, dada a falta de um saber empírico. Isso está circunscrito aos poucos estudos de nanotoxicologia que ainda precisam avançar, a fim de trazer aspectos mais seguros e confiáveis em suas conclusões (...). O cenário é assim, revelado preocupante, pois em muitos setores, como os fármacos, cosméticos, produtos químicos, tecidos, artigos esportivos, informática, entre outros, as nanotecnologias já estão incorporadas. No entanto, não há certeza científica acerca dos efeitos que a manipulação em escala nano provoca em relação ao meio ambiente e à saúde do ser humano”. ENGELMANN, Wilson; WITTMAN, Cristian. Direitos humanos e novas tecnologias. Jundiaí: Paco Editorial, 2015. p. 59-60.

sua inserção no campo de uma sociedade de risco complexa. Nesse sentido, o princípio da função social dos contratos deve servir como guia para a ponderação das respectivas externalidades geradas por esses contratos e como limitador dos efeitos negativos no âmbito dos direitos humanos e da proteção ao meio ambiente.

CONCLUSÃO

A inovação é definida internacionalmente pelo Manual de Oslo como sendo 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 do local de trabalho ou nas relações externas.

Já na legislação brasileira, com as alterações trazidas pela nova Lei de Inovação de 2016, fica definido que a inovação é introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho.

Assim, percebe-se que a preocupação central do contexto brasileiro baseia-se na inovação de produtos e processos do setor produtivo, ou seja, como um diferencial competitivo para o setor econômico, sem o devido cuidado com os riscos que essa inovação possa trazer ao ser humano, e ainda, sem uma preocupação social e ambiental com relação a esses novos produtos e processos.

Não obstante, constata-se que interação dos três agentes - academia, empresa e governo -, a partir de uma leitura constitucional, deve estar pautada por uma responsabilidade ética e de desenvolvimento de mecanismos que prevejam a proteção do ser humano como condição de possibilidade para a inovação. Portanto, o desenvolvimento nacional não pode ser visto apenas sob a égide de um desenvolvimento econômico, voltado exclusivamente, para a geração de novos produtos para o mercado, mas deve, acima disso, ter o foco primordial no desenvolvimento social, ambiental e humano da sociedade.

Os contratos de transferência de tecnologia, por seu turno, são instrumentos que permitem que a produção do conhecimento se transforme em negócio. De maneira geral, apesar do investimento público para a pesquisa e o desenvolvimento, na relação entre os três agentes, o conhecimento ainda permanece como um monopólio de empresas que buscam a inovação como meio de explorá-la financeiramente no mercado.

Nesse contexto, uma abordagem crítica se faz necessária, uma vez que a pesquisa e o desenvolvimento deveriam servir para resolver os problemas da nação, com um viés humanístico, observando os preceitos constitucionais. Não obstante, o sentido atribuído à inovação no Brasil continua sendo, primordialmente, para a produção de novos produtos e processos ao setor produtivo, ou seja, a Lei de Inovação brasileira, embora tenha sofrido alterações, em nada modificou o que já vinha ocorrendo, ou seja, não há proteção ao ser humano, não obstante surgirem riscos a todo instante com relação às inovações.

Diante de todo o exposto, conclui-se que uma abordagem crítica da inovação dentro do contexto legislativo brasileiro impõe que a interpretação dos contratos de transferência de tecnologia, principalmente quando decorrentes da relação entre os três atores previstos da Lei da Inovação, seja realizada à luz da Constituição. Portanto, é preciso que o desenvolvimento nacional do país esteja atrelado principalmente ao desenvolvimento humano, nele inclusos o social e o ambiental, não basta um desenvolvimento econômico monopolizado pela indústria, como vem sendo estimulado na legislação brasileira, pois é necessário levar em consideração um conjunto de fatores, dentre os quais, a busca pela proteção do ser humano.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **A propriedade intelectual no século XXI**: Estudos de Direito. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

BRASIL. **Instituto Nacional da Propriedade Industrial**. Disponível em: < <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/historia-da-averbacao-de-contratos-no-inpi>>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004**. Lei de inovação. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 05 nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Lei do Bem. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 05 Nov. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.243, de 11 de janeiro de 2016**. Lei de inovação. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei no 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei no 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional no 85, de 26 de fevereiro de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm>. Acesso em: 05 Nov. 2016.

BRASIL. **Plano Plurianual 2016-2019**. Desenvolvimento, Produtividade e Inclusão Social. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/arquivo/spi-1/ppa-2016-2019/ppa-2016-2019-ascom-3.pdf>>. Acesso em: 06 Nov. 2016.

COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD); FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS (FINEP) (Org.). **Manual de Oslo**: propostas de diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação tecnológica. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/apoio-e-financiamento/manualoslo.pdf>>. Acesso em: 06 Nov. 2016.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias e a gestão transdisciplinar da inovação. In: ENGELMANN, Wilson (Org.). **As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e as possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar**. Curitiba: Editora Honoris Causa, 2011. p. 297-336.

_____. As nanotecnologias e a inovação tecnológica: a hélice quádrupla e os direitos humanos. **Blog JUSNANO**, São Leopoldo, 2010. Disponível em: < <http://jusnano.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 11 Nov. 2016.

_____; WILLIG, Júnior Roberto. **Inovação no Brasil: Entre os riscos e o marco regulatório**. Paco Editorial: Jundiaí, 2016.

_____; WITTMAN, Cristian. **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

ETZKOWITZ, Henry. **Hélice tríplice: universidade-indústria-governo: inovação em ação**. Porto Alegre: EDIPCRS, 2009.

INOVAÇÃO. In: DICIO: dicionário online de português. [S.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/inovacao/>>. Acesso em: 03 Nov.2016.

OLIVEIRA, André Soares; MEDEIROS, Heloísa Gomes. Instrumentos Jurídicos da economia da inovação: contratos de transferência de tecnologia e direito da concorrência no direito brasileiro. In: WACHOWICZ, Marcos. (Org.). **Estudos de Propriedade Intelectual**. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2015.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Manual de Frascati 2002: medição de atividades científicas e tecnológicas: tipo de metodologia proposta para levantamentos sobre pesquisa e desenvolvimento experimental**. Tradução: Olivier Isnard. São Paulo: F. Iniciativas, 2013. Disponível em: <http://www.mct.gov.br/upd_blob/0225/225728.pdf>. Acesso em: 05 Nov. 2016.

RAUEN, Cristiane Vianna. **O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-empresa?** Radar. n.º 43. Fev. 2016.

SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961. XVI, 512p. (Biblioteca Fundo Universal de Cultura. Estante de economia)

_____. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1982. XV, 169p. (Os economistas)

TIGRE, Paulo Bastos. **Gestão da inovação: a economia da tecnologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Atlas: São Paulo, 2004.

11

A PROPRIEDADE INTELECTUAL PARA A ERA NANOTECNOLÓGICA: O SISTEMA INTERNACIONAL DE PATENTES, A (NECESSÁRIA) FLEXIBILIZAÇÃO E O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO

Raquel Von Hohendorff²²⁴

Daniele Weber S. Leal²²⁵

Wilson Engelmann²²⁶

Resumo: Observa-se na sociedade pós-moderna a complexidade das nanotecnologias e interação entre a propriedade intelectual e patentes. O debate está inserido no contexto global. Consequentemente, presencia-se o crescimento de patentes e o movimento da internacionalização do sistema de patentes. Necessária adoção de regulação adequada para sistema de patentes no contexto das nanotecnologias. Vislumbra-se flexibilização no sistema e para nanorregulação, viabilizada através do Diálogo entre as Fontes do Direito. Sob quais condições nanotecnologias inserem-se na internacionalização deste sistema? Baseado na busca por respostas, adequado

224 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”; Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Mestre em Direito Público pela Unisinos. Advogada. E-mail: vetraq@gmail.com.

225 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”; Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação RS (LFG). Graduada na Unisinos. Advogada. Email: weber.daniele@yahoo.com.br.

226 Professor e Coordenador Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, Coordenador do Grupo de Pesquisa JUSNANO(CNPq); Doutor em Direito Público pela Unisinos. E-mail: wengelmann@unisinos.br

seria uma regulação atualizada, flexível, auxiliando nas demandas nanotecnológicas, possibilitada através do Diálogo entre as Fontes do Direito.

Palavras-chave: nanotecnologias; sistema internacional de patentes; flexibilização; Diálogo entre as Fontes do Direito.

Abstract: The complexity of nanotechnologies and the interaction between intellectual property and patents can be observed in postmodern society. The debate is embedded in the global context. Consequently, there is the growth of patents and the movement of the internationalization of the patent system. Necessary adoption of adequate regulation for the patent system in the context of nanotechnologies. Flexibility is seen in the system and for nanoregulation, made feasible through the Dialogue between the Sources of Law. Under what conditions nanotechnologies are inserted in the internationalization of this system? Based on the search for answers, it would be appropriate to have an up-to-date, flexible regulation, assisting in the nanotechnological demands, made possible through the Dialogue between the Sources of Law.

Keywords: Nanotechnologies; International patent system; Flexibility; Dialogue between the Sources of Law.

INTRODUÇÃO

Presencia-se desde o início do século XXI a evolução da era nanotecnológica, a qual traz consigo a produção e manipulação de matéria em escala nano, equivalente a bilionésima parte de um metro. No mercado é possível encontrar uma gama de novos produtos, desde o uso doméstico (como televisores, celulares, geladeiras) até industrial, como na indústria aeronáutica, bélica, dentre tantos outros. O mais instigante sobre os estudos das nanotecnologias e meio ambiente é que se desconhecem os possíveis riscos que elas podem gerar, e ainda, pouco (ou quase nada) existe em termos de regulação jurídica dessa matéria, principalmente no Brasil. Contudo, mesmo observado o contexto de incertezas, é flagrante o crescimento da

produção industrial em nanoescala, o que traz como consequência o aumento de pedidos e concessão de patentes destas novas tecnologias. Por outro lado, a propriedade intelectual vem trazendo novos desafios à internacionalização do sistema de patentes, atentando para as demandas das novas tecnologias, bem como reforçando a diferente adoção de políticas entre países industrializados e em desenvolvimento, com o intuito de lidar com o fomento de inovação e proteção das patentes.

É possível visualizar no contexto das nanotecnologias e patentes a clara insuficiência do modelo jurídico clássico, onde teria a lei respostas para os problemas sociais enfrentados e ainda se verifica a necessidade da construção de uma ordem jurídica que responda às novas demandas da sociedade tecnocientífica. A realidade contemporânea esvaziou as pretensões da racionalidade utilitarista do direito, como se demonstra claramente no modelo positivista mais radical. Desta maneira, é possível indagar em que medida as nanotecnologias se inserem no contexto da propriedade intelectual e internacionalização do sistema de patentes, e ainda demonstrar a necessária flexibilização das normas para prestar respostas adequadas à nova complexidade imposta na era nano. Este estudo busca atingir os seguintes objetivos: abordar a inserção das nanotecnologias no cenário atual, como espécie de inovação, ainda apresentando o cenário de avanço e risco; verificar o contexto das patentes com nanotecnologia e o movimento de internacionalização do sistema de patentes, demonstrando a viabilidade de alcançar respostas aptas à complexidade adotando-se do verdadeiro diálogo entre as fontes do Direito. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, buscando realizar a revisão das publicações em livros, artigos científicos e sítios oficiais da internet. Será utilizado o método fenomenológico-hermenêutico. Na necessidade de se aproximar o pesquisador do objeto pesquisado, portanto, é que se considera que sujeito, o pesquisador, está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados, descobertas e potencialidades. Logo, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Para tanto, necessário que se parta de um prévio conhecimento acerca das nanotecnologias, suas aplicações, benefícios e o risco; ademais, explicar-se-á sobre a internacionalização do sistema de patentes, a atual conjuntura das nanotecnologias e patentes, demonstrando a necessária flexibilização do padrão positivista e legalista da propriedade intelectual, para, posteriormente, fomentar a regulação com o diálogo entre as Fon-

tes do Direito, prestando respostas adequadas às demandas complexas da sociedade. Portanto, o problema que se pretende enfrentar neste artigo, poderá ser assim circunscrito: sob quais condições as nanotecnologias estão inseridas no contexto atual da sociedade e do sistema internacional de patentes? A legislação atual é suficiente para prestar suporte adequado a estas novas demandas? Não seria necessária uma flexibilização do sistema jurídico? Baseado na incerteza e busca por respostas jurídicas aptas a esta nova realidade, necessária a imposição de uma reformulação do paradigma positivista, possibilitado o Diálogo entre as Fontes do Direito, no intuito de viabilizar marcos regulatórios mais flexíveis no sistema internacional de patentes e para as nanotecnologias.

O DESPERTAR PARA A NOVA ERA NANOTECNOLÓGICA: A INSERÇÃO DAS “NANOS” NA SOCIEDADE E AUSÊNCIA DE REGULAÇÃO ESPECÍFICA

Desde o início deste século XXI presencia-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias, as quais se inserem no contexto de inovações, o que por consequência gera uma série de novas demandas da sociedade. Tal escala de tecnologia equivale à bilionésima parte de um metro, aproximadamente dez vezes o tamanho de um átomo individual. A sua conceituação dispõe de uma terminologia imprecisa, inexistindo definições padronizadas internacionalmente (ENGELMANN; BORGES; GOMES, 2014, p.106).

Foi o físico norte-americano Richard Feynman (FEYNMANN, 2017) considerado o profeta da nanotecnociência, cuja profecia foi anunciada em sua palestra *There is a plenty of room at the bottom* (“Há mais espaços lá embaixo”), realizado no encontro anual da Sociedade Americana de Física no Instituto de Tecnologia da Califórnia, em dezembro de 1959. Naquela ocasião, o cientista abordou praticamente todos os conceitos importantes da nanotecnociência, embora sem nominá-la dessa forma. Uma das ideias defendidas seria que possibilitar-se-ia condensar, na cabeça de um alfinete, todos os 24 volumes da Enciclopédia Britânica, vislumbrando as futuras descobertas na fabricação de sistemas em escala atômica e molecular (FEYNMANN, 2017).

Até que a profecia posteriormente se confirmou:

As previsões de Feynman, ainda que prematuras e audaciosas, vieram a se confirmar duas décadas depois. O cientista Eric Drexler foi responsável por popularizar o termo nanotecnologia nos anos 80, ao fazer referência à construção de máquinas tão pequenas que teriam escala molecular com poucos nanômetros de tamanho (ENGELMANN; WEYERMÜLLER; FLORES, 2010, p.163).

Observa-se ainda a característica de transdisciplinaridade desta nova tecnologia, o que desde logo denota a complexidade de entendimento, conforme Lima discorre:

Nano é o nome que vem do grego e, significa *anão*, um termo fundido com a palavra tecnologia que surgiu em 1974, o famoso termo nanotecnologia. É uma ciência transdisciplinar, e de difícil explicação pelo fato desta fazer parte das ciências da complexidade, ou seja, é uma ciência não pura como a física, a química e a matemática, mas, sim, uma ciência heterogênea, e em seu bojo há a combinação de muitas disciplinas. Portanto, poderá haver em único produto feito com esta ciência, traços de engenharia usando química, física, biologia, matemática, computação e outras novas ciências (LIMA, 2014, p. 20).

As nanotecnologias encontram-se nos mais variados setores da vida cotidiana, nos mais diferentes setores econômicos. Esta tecnologia em ultrapequena escala encontra-se no mercado, sendo amplamente consumida, como nos protetores solares, telefones celulares, medicamentos, cosméticos, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, para indústria aeroespacial, naval e automotora, siderúrgica, entre outros. Portanto, vislumbra-se na atualidade uma atenção por parte do Direito às nanotecnologias.

Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela Nanotechnology Products Database (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com

base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 6926 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1358 companhias, oriundos de 52 países (NPDa, 2017).

Desta forma, a nanotecnologia aparece diariamente na vida em sociedade, desde produtos cosméticos (protetor solar, creme antirrugas), shampoos, até mesmo produtos domésticos (bebedouro d'água) e medicamentos, indústria bélica, dentre outras várias áreas. Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de desenvolvimento das nanotecnologias (HOHENDORF, 2015, p.09). Verifica-se aplicação no setor alimentício (ENGELMANN et al, 2014), cosméticos (ENGELMANN, 2015), na indústria do plástico (ENGELMANN, 2015b), biocombustível (OSHIRO et al, 2017).

A fim de vislumbrar a importância das nanos através do investimento econômico nestes estudos com nanotecnologia, pode-se citar o orçamento apresentado para 2017, no Programa Nacional dos Estados Unidos, NNI, “*National Nanotechnology Initiative*”, o foi votado em 2016, propondo o orçamento para 2017 de US\$ 1.4 bilhões de dólares, distribuídos em diversos institutos, como o NIOSH, NASA, EPA, dentre tantos outros órgãos, conforme a tabela abaixo apresentada:

Tabela 1 – Orçamentos de 2015, estimativa de 2016, proposição para 2017

Table 2: NNI Budget, by Agency, 2015–2017 (dollars in millions)			
Agency	2015 Actual	2016 Estimated*	2017 Proposed
CPSC	2.0	2.0	4.0
DHS	28.4	21.0	1.5
DOC/NIST	83.6	79.5	81.8
DOD	143.0	133.8	131.3
DOE**	312.5	330.4	361.7
DOT/FHWA	0.8	1.5	1.5
EPA	15.1	13.9	15.3
DHHS (total)	385.8	405.0	404.4
FDA	10.8	12.0	11.4
NIH	364.0	382.0	382.0
NIOSH	11.0	11.0	11.0
NASA	14.3	11.0	6.1
NSF	489.8	415.1	414.9
USDA (total)	21.1	21.5	21.0
ARS	3.0	3.0	3.0
FS	4.6	4.5	4.0
NIFA	13.5	14.0	14.0
TOTAL***	1496.3	1434.7	1443.4

* 2016 numbers are based on 2016 enacted levels and may shift as operating plans are finalized.

** Funding levels for DOE include the combined budgets of the Office of Science, the Office of Energy Efficiency and Renewable Energy (DOE-EERE), the Office of Fossil Energy, and the Advanced Research Projects Agency for Energy (ARPA-E).

*** In Tables 2–6, totals may not add, due to rounding.

Fonte: NNI, 2016

A nanotecnologia consolidou uma dinâmica de rápido desenvolvimento e aplicação diversificada em virtualmente todos os setores econômicos e não configura uma promessa ou uma ficção futurista: ela já é uma realidade observada em inúmeros produtos comercializados por diferentes setores. Dados recentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) indicavam que o mercado de produtos nanotecnológicos movimentava cerca de US\$ 350 bilhões (em 2014) e ainda para 2015, estimava-se que esse valor seria superior a US\$ 1 trilhão (MCTI, 2014, p.03).

Tendo em vista esta evolução e grande investimento nesta nova tecnologia, pode-se constatar a necessidade de maior debate sobre elas, principalmente no que tange a possibilidade de danos futuros ao meio ambiente e vida humana, dada a complexidade e particularidade destes materiais em escala tão pequena. Não há certeza científica sobre os possíveis efeitos danosos no meio ambiente. Ressalta-se ainda a ausência de regulação específica para esta tecnologia. Mesmo diante desta conjuntura de incertezas, o mercado não deixa de produzir em grande velocidade estes novos nanoprodutos. Observa-se o grande desenvolvimento das nanotecnologias, o que vem aumentando o interesse por grandes indústrias, que consequentemente, iniciam a maior procura por proteção destes produtos, inserindo-se na seara da propriedade intelectual, nas patentes. Ainda, com esta evolução, a discussão sobre esta nova tecnologia mostra-se difundida ao redor do globo.

Incide neste cenário a preocupação mundial com as nanos. É possível observar que o debate e estudos vêm ocorrendo em nível mundial, nos países desenvolvidos, e de maneira progressiva nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

O tema das nanotecnologias integra a Estratégia do Programa Quadro “Horizonte 2020” da União Europeia, estabelecendo expressamente: “[...] As tecnologias facilitadoras essenciais, como, por exemplo, a indústria de ponta e de materiais avançados, a biotecnologia e as nanotecnologias, estão no cerne dos produtos inovadores: telefones inteligentes, baterias de alto rendimento, veículos ligeiros, nanomedicamentos, tecidos inteligentes e muito mais. A indústria transformadora europeia é o maior empregador, com 31 milhões de trabalhadores em toda a Europa”(HORIZON 2020, 2017).

Destaca-se igualmente a revisão de junho de 2015 do documento intitulado: High-Level Expert Group on Key Enabling Technologies, referente a uma comunicação da Comissão Europeia datada de 2009, intitulada: Preparing for our future:

developing a Common Strategy for Key Enabling Technologies in the EU. Neste documento foram identificados seis Key Enabling Technologies e uma delas são as nanotecnologias (HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON KEY ENABLING TECHNOLOGIES, 2015).

No panorama nacional, verifica-se o estudo realizado em 2015, através do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) - onde debateram as Megatendências mundiais para 2030, com os atuais questionamentos sobre o que as entidades e personalidades mundiais pensam sobre o mundo – verificou-se o crescimento dos investimentos e aplicação no campo da nanotecnologia e biotecnologia (IPEA, 2015, p.99).

Até 2030, haverá manutenção da revolução tecnológica, integrando a biotecnologia, a nanotecnologia, as TIC e as tecnologias dos materiais em ritmo acelerado. Os avanços em áreas como novos materiais e bioengenharia estão mudando os princípios farmacêuticos e de cuidados médicos no que diz respeito a inovações em produtos e serviços para saúde humana. No campo da medicina, principalmente nos países desenvolvidos, há alta probabilidade de haver forte avanço em gerontologia e tecnologias genéticas, com uso de nanochips e tecnologia de microsensores, transplantes de órgãos, células nervosas, retina etc., que permitirá um aumento substancial na vida média humana (Rockefeller Foundation e GBN, 2010). A convergência tecnológica também pode ser observada no campo energético [...] No entanto, o ritmo de transformação tecnológica é difícil de prever e algumas novas tecnologias necessitam de estudo mais aprofundados e de estratégias de investimento, dado seu potencial impacto sobre o desenvolvimento humano. São exemplos disso o uso da biotecnologia e da nanotecnologia na geração de energia (European Commission, 2011). Tudo indica, por exemplo, que a energia solar será muito mais eficiente no futuro. Essa eficiência ocorrerá em função dos avanços nos materiais utilizados, incluindo polímeros e nanopartículas (IPEA, 2015, p.110).

Portanto, as nanotecnologias vêm sendo amplamente debatidas no cenário internacional e nacional, ante as novas demandas que estão sendo inseridas na sociedade, diante desta nova complexidade. Um dos novos enfrentamentos versa sobre a propriedade intelectual e patentes.

Diante da nova era nanotecnológica, apresentando uma nova realidade, é possível visualizar a ampliação do desenvolvimento de patentes com esta tecnologia. Da mesma maneira, o ponto nevrálgico é de que forma, com a legislação tão desatualizada de propriedade intelectual, o direito daria conta da complexidade dos no-

vos produtos com emprego de nanotecnologia, fomentando a inovação e ao mesmo tempo protegendo as patentes.

Como já lecionava Vicente de Paulo Barreto, e possível aplicar neste cenário, torna-se clara a insuficiência do modelo jurídico clássico, onde teria a lei respostas para os problemas sociais enfrentados e ainda se verifica a necessidade da construção de uma ordem jurídica que responda às novas demandas da sociedade tecnocientífica. A realidade contemporânea esvaziou as pretensões da racionalidade utilitarista do direito, como se demonstra claramente no modelo positivista mais radical (BARRETO, 2013, p. 363).

Primeiramente deve-se observar a conjuntura das patentes em produtos nano, qual seu crescimento e evolução, correlacionando com os países que a registram, fomentando-a. É o que se passará a expor.

A EVOLUÇÃO DO CENÁRIO DE PATENTES NANOTECNOLÓGICAS

Como visto anteriormente, as nanotecnologias enquadram-se no cenário de inovação, desenvolvendo industrialmente produtos em nano escala, trazendo em paralelo incertezas científicas acerca de seus efeitos na vida humana.

Com tecnologia de ponta empregada em escala nano, utilizando-se do que há de mais moderno (e que igualmente dispense investimentos voluptuosos), observa-se o aumento de produção nesta área, e tendo em vista que estes novos produtos e sistemas auferem um lucro enorme às empresas que os desenvolvem, obviamente elas procurarão a proteção das patentes para essas novidades.

Possível acompanhar através de estatísticas o desenvolvimento na área de patentes com nanotecnologia, tanto no cenário brasileiro quanto no internacional.

No Brasil, possível constatar um crescimento menos expressivo, mas com sua importância, dadas as circunstâncias diferentes de um país em desenvolvimento (ao contrário das maiores potências mundiais). Tomando por base os registros de 1991 a 2010, a situação que se apresentava era a seguinte, conforme figura abaixo (SANT'ANNA; ALENCAR; FERREIRA, 2013, p.350):

Figura 1 – Depósitos de patentes com nanotecnologia no Brasil

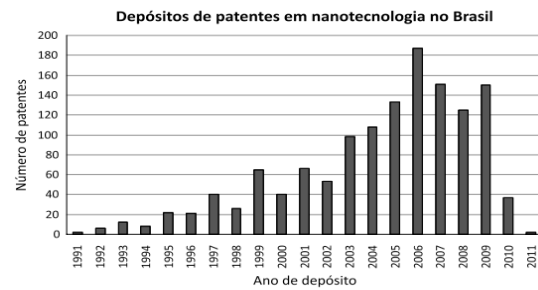
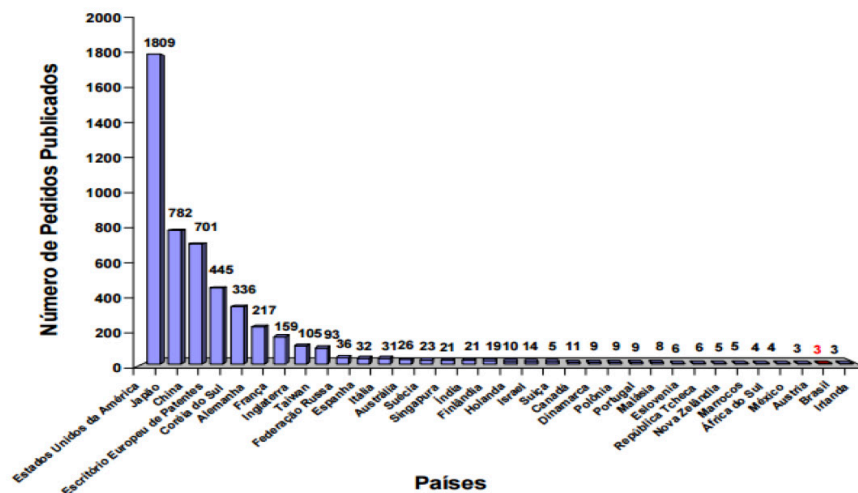


Figura 1. Evolução histórica dos depósitos de patentes no Brasil (1991-2010)

Fonte: SANT'ANNA; ALENCAR; FERREIRA, 2013, p.350

Outro registro a ser acompanhado, através de estatística do INPI, no alerta tecnológico de 2013, é o número de pedidos de patentes relacionadas à nanomateriais, selecionados no Brasil, que totalizava o número de 4527 (INPI, 2013, p.09). Abaixo, os números de pedidos com o respectivo país solicitante:

Gráfico 1 – Número de pedidos x países requerentes



FONTE: INPI, 2013, p.09

No alerta tecnológico seguinte do INPI (relacionado à nanotecnologia), de n.º 91 – e último publicado – verificou-se uma pequena redução nos pedidos de patentes com nano, sendo selecionados 3845 (INPIa, 2013).

Portanto, no Brasil já é possível verificar o movimento inicial das patentes em nanotecnologia, mesmo que em escala menor, se comparada ao cenário internacional, que se demonstrará a seguir.

No cenário internacional, possível apontar, baseando-se no relatório recente da NPD (Nanotechnology Products Database), as estatísticas mais recentes de patentes com nanotecnologia registrados na United States Patent and Trademark Office (USPTO, 2017) e na European Patent Office (EPO, 2017), com os números de patentes protegidas e o respectivo país.

Primeiro, tomando como fonte a United States Patent and Trademark Office (USPTO, 2017), verificam-se os seguintes números (limitando-se aos 10 primeiros da lista) (NPDa, 2017), sendo destaque os Estados Unidos, que por óbvio possui avanço tecnológico muito maior que países em desenvolvimento (o que demonstra a estatística), conforme a tabela 2:

Tabela 2 – Patentes com nano na USPTO

NANOTECHNOLOGY PATENTS IN USPTO		
Last Update: January . 2017		
The indicator shows the number of nanotechnology granted patents in USPTO. According to ISO/TS 18110 (First Edition 2015-08-15), the definition of nanotechnology patents is "patents that include at least one claim related to nanotechnology or patents classified with an IPC classification code related to nanotechnology such as B82. Unit: --		
Source: Orbit.com		
Rank	Country	Quantity
1	USA	4,316
2	South Korea	914
3	Japan	819
4	Taiwan	514
5	China	416
6	Germany	301
7	France	210
8	Netherlands	136
9	UK	123
10	Canada	106
More ▼		

Fonte: NPDa, 2017.

Na União Europeia, pelos dados da EPO (2017), observa-se este panorama sobre as nanotecnologias (NPDb, 2017), conforme a tabela 3:

Tabela 3 – Patentes com nano na EPO

NANOTECHNOLOGY PATENTS IN EPO		
Last Update: January . 2017		
The indicator shows the number of nanotechnology granted patents in EPO. According to ISO/TS 18110 (First Edition 2015-08-15), the definition of nanotechnology patents is "patents that include at least one claim related to nanotechnology or patents classified with an IPC classification code related to nanotechnology such as B82. Unit: Patent		
Source: Orbit.com		
Rank	Country	Quantity
1	USA	577
2	Germany	289
3	France	208
4	Japan	188
5	South Korea	105
6	UK	81
7	Switzerland	75
8	Netherlands	71
9	China	59
10	Italy	49

Fonte: NPDb, 2017.

Já na tabela abaixo é possível acompanhar a evolução dos números, a contar de 2011 até 2016, de patentes com nanotecnologias concedidas na USPTO. De acordo com a ISO / TS 18110 (primeira edição 2015-08-15), a definição de patentes de nanotecnologia é “patentes que incluem pelo menos uma reivindicação relacionada à nanotecnologia ou patentes classificadas com um código de classificação IPC relacionado à nanotecnologia, B82 (NPDc, 2017):

Tabela 4 – Patentes com nano na USPTO

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
1 USA	2,698	3,041	3,615	4,414	4,385	4,316
2 South Korea	448	430	501	667	839	914
3 Japan	469	526	587	889	902	819
4 Taiwan	308	407	425	551	500	514
5 China	136	225	270	357	393	416
6 Germany	203	205	248	496	307	301
7 France	142	140	176	347	242	210
8 Netherlands	72	103	115	155	156	136
9 UK	49	60	87	145	109	123
10 Canada	81	82	85	127	109	106
11 Switzerland	46	48	61	126	64	79
12 Singapore	22	27	37	51	65	56

Fonte: NPDc, 2017.

O desenrolar de patentes em nanotecnologias no Brasil e ao redor do mundo é fato e este estudo demonstrou que os processos nanotecnológicos emergem significativamente na maioria dos países do globo, potencializando o desenvolvimento com a consequente disponibilização de produtos gerados.

O impacto potencial da nanotecnologia na sociedade suscitadebates sobre seus aspectos éticos, legais e sociais. Muitas das questões debatidas sobre as nanotecnologias não são novas nem exclusivas desta área de tecnologia.No entanto, ao contrário de outras tecnologias emergentes do passado, a nanotecnologia tem o potencial de mudar profundamente não só o nosso padrão de vida e economia mundial, como o conceito de humanidade (SANT’ANNA, ALENCAR, FERREIRA, 2013, p. 349).

Contudo, verifica-se o problema de uma legislação desatualizada para a propriedade intelectual, mais precisamente sobre as patentes, o que certamente dificulta o desenvolvimento das nanos se o movimento de regulação não for flexibilizado. Observa-se que uma legislação estática e fechada não poderá acompanhar o movimento dinâmico destes produtos. Somente através de diálogo entre outras normas, que dão conta desta complexidade, realizando a verdadeira transdisciplinaridade, vislumbrar-se-á uma alternativa para proteção destas invenções, com a efetiva proteção da patente, fornecendo uma regulação atualizada e apta.

O ACOMPANHAMENTO DA ERA NANOTECNOLÓGICA NO MOVIMENTO DE (FLEXIBILIZAÇÃO?) INTERNACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE PATENTES E PI: O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES

Verifica-se na atualidade o movimento de internacionalização do sistema de patentes, promovida pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO, 2017) já no ano de 2001, onde se baseiam na proposta de um sistema de propriedade intelectual mais dinâmico, principalmente quando tange às patentes, com o intuito de fomentar a inovação tecnológica, possibilitando introduzir no mercado mais e melhores produtos, e por fim, ainda promovendo a transferência de tecnologia (CORREA, 2007, p. 19). Observa-se uma nova mudança durante o século XX, onde se dá ênfase a um sistema centrado no fomento do investimento requerido para produzir e explorar as invenções (CORREA, 2007, p. 22).

Na proposta deste movimento, é viável que a internacionalização de patentes seja adaptável ao dinâmico fluxo das nanotecnologias, uma vez que para acompanhar tal complexidade e novas demandas, somente uma regulação repaginada e mais flexível poderá dar conta deste cenário, principalmente em se tratando de patentes. Contextualizando a origem do fundamento legal, observa-se que o sistema internacional de propriedade intelectual vem sendo construído principalmente com base nos seguintes marcos legais: (i) a CUP – Convenção da União de Paris (1883); (ii) a Convenção da União de Berna (CUB)- de 1886; (iii) O Acordo TRIPS (1994); e (iv) os TLCs (tratados de livre comércio) regionais e bilaterais (CHAVES et al, 2007, p. 259).

Contemporaneamente, as nanotecnologias vêm trazendo novas demandas ao âmbito da propriedade intelectual. O acelerado desenvolvimento das Nanociências e das Nanotecnologias e as expectativas de exploração comercial dos seus produtos têm contribuído para a crescente importância da obtenção dos direitos de propriedade intelectual. Invenções no campo da Nanotecnologia comportam características técnicas específicas, as quais devem ser compreendidas pelos gestores de propriedade intelectual de instituições acadêmicas e empresas e pelo agente de propriedade industrial – responsável pela redação do pedido de patente. Essas invenções impõem também problemas específicos aos escritórios oficiais responsáveis

pela concessão de direitos de patentes- no caso do Brasil, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (CHAMAS, 2016, p. 5).

Observando a proposta de internacionalização, há questionamento sobre a harmonização proposta pela OMPI, se ela será efetiva, dadas as circunstâncias e impactos da inovação, e ante as diferenças envolvendo os países industrializados e em desenvolvimento. Tal conjuntura de assimetria é a tela apresentada nas estatísticas anteriormente expostas, que se demonstram na quantidade de patentes já registradas de produtos com nano de países industrializados e dos demais.

Realizando este questionamento, Correa discorre:

Apesar de esses objetivos serem válidos e deverem ser bem acolhidos, surgem dúvidas sobre a possibilidade de se alcançar uma maior harmonização do sistema de patentes num momento em que existem crescentes preocupações sobre o seu funcionamento e seu impacto sobre a concorrência e a inovação, especialmente no âmbito das novas tecnologias. Nesse contexto, surgem questionamentos por parte dos países em desenvolvimento, dada a profunda assimetria existente na distribuição das atividades de inovação no contexto internacional e no uso do sistema de patentes (CORREA, 2007, p. 19).

Diante a necessária reformulação do sistema de propriedade intelectual, dando ênfase às patentes, observou-se o debate e alterações nas regulações, a fim de dar conta da complexidade imposta pelas novas tecnologias. É o que Correa dispõe:

A absorção, pelo sistema de patentes, dessas novas tecnologias deu lugar a importantes debates e exigiu alterações consideráveis sob o aspecto legislativo e administrativo, assim como a capacidade no sistema judicial para tratar de assuntos técnicos complexos (CORREA, 2007, p. 22).

Na proposta deste movimento, seria viável que a internacionalização de patentes seja adaptável ao dinâmico fluxo das nanotecnologias, uma vez que para acompanhar tal complexidade e novas demandas, somente uma regulação repaginada e mais flexível poderá dar conta deste cenário, principalmente em se tratando de patentes.

Tendo em vista que as legislações nacionais (e internacionais) sobre o tema não podem formar compartimentos estanques, sob pena de comprometimento do comércio internacional, é necessário que haja instrumentos que as compatibilize.

Para a consecução desse objetivo, os tratados firmados por Estados e organizações regionais compõem o denominado sistema internacional de patentes(OTHON, P.16).

Por outro lado, Barbosa (1994) discorre sobre a tendência da internacionalização da PI e novas tecnologias:

Claramente tal tendência à homogeneização nas relações de propriedade acompanha a tendência tecnológica de aproximação entre países e unidades culturais. Mas a tecnologia torna mais urgente e necessário a definição jurídica de tais relações de propriedade: a mutação tecnológica induz à modificação de seus próprios termos de proteção jurídica. Parece razoável afirmar que, ao fim do processo de homogeneização do sistema internacional da propriedade intelectual, ora em curso, os países do terceiro mundo terão perdido algumas oportunidades de aceleração do desenvolvimento tecnológico. Outras, porém, podem abrir-se, especialmente pelo uso adequado das peculiaridades do sistema, tal como praticado pelos países em desenvolvimento.

Demonstrado inicialmente a evolução das nanos e crescente procura por patentes, fica claro que as nanotecnologias estão inseridas no contexto da internacionalização do sistema de patentes, acompanhando o movimento de flexibilização (ou não) adotada pela política de cada país. Observa-se também a flexibilização dos critérios para alcance de patenteabilidade, principalmente em relação à proteção de desenvolvimentos menores e comuns que podem ser utilizados de maneira eficaz, para servir de obstáculos à concorrência e restringir inovação(CORREA, 2007, p.54). Tal flexibilização é necessária para dar conta da assimetria apresentada entre os países desenvolvidos e os em desenvolvimento. Da mesma forma, essa adaptação cabe às nanotecnologias, de maneira que leis fechadas e estanques não fornecerão respostas às demandas jurídicas apresentadas, principalmente na proteção das patentes.

A partir da flexibilização dos critérios de patentes, observando cada país a sua realidade, tendo em vista a assimetria entre Estados, é que será viabilizado o fomento da inovação. Neste passo as nanotecnologias se relacionam, buscando uma certa adaptação de normas de propriedade intelectual para alcançar resposta adequada, pois em virtude das especificidades e complexidades dos “nanoprodutos”, não será possível através de lei ou diretriz estanque, sob pena de impossibilitar seu desenvolvimento. Para prestar respostas aptas às patentes em nano, apresenta-se o

Diálogo entre as Fontes do Direito como alternativa. Dito isto, vislumbra-se o início da revisão dos postulados tradicionais, principalmente da propriedade intelectual, com o intuito de dar conta da nova realidade.

Nesta senda, Engelmann leciona:

Destacar como as pesquisas e os produtos em escala nano poderão ser exemplo de inovação tecnológica, que exigirá a revisão dos postulados estruturais tradicionais que sustentam o Direito, especialmente o Direito da Propriedade Intelectual: o positivismo legalista, abrindo-se o conjunto normativo para a validação de todas as fontes do Direito, promovendo um diálogo capaz de construir as respostas jurídicas adequadas aos novos direitos e deveres gerados pela manipulação de átomos e moléculas na bilionésima parte de um metro, isto é, o nanômetro (ENGELMANN, 2011, p.25).

Como o tema da propriedade intelectual ainda está muito preso ao texto legal, urge que se caminhe para o diálogo entre as Fontes do Direito, de maneira que esta remodelação ocorrerá pela substituição do paradigma positivista legalista ainda muito delimitado (ENGELMANN, 2011, p.38). Por fim, a propriedade intelectual não poderá ser um entrave para os espaços projetados nas novas tecnologias, cabendo a imediata revisão e realinhamento dos marcos normativos aplicáveis, que não podem ficar à mercê de aprovação legislativa (ENGELMANN, 2011, p.39).

Ingressa aqui a possibilidade de se trabalhar a propriedade intelectual para além do texto da lei, abrindo-a para o diálogo entre todas as Fontes do Direito, como caminhos para a construção de respostas jurídicas adequadas. É preciso encontrar um ponto de equilíbrio que possa preservar o direito subjetivo do criador, o acesso ao conhecimento e o favorecimento da inovação, por meio de uma eficiência dinâmica, a ser alcançada por um conjunto normativo aberto e flexível [...] No tocante às patentes, é preciso observar duas dimensões: a) a duração, ou seja, a apropriabilidade: “o monopólio remunera o inventor e onera o comprador, o tempo de vida ótimo busca o equilíbrio entre o incentivo à criatividade e o desestímulo à disseminação”; b) amplitude: qual o limite entre uma invenção e outra para fins de caracterização da violação? A patente à descoberta pioneira se estende para as aplicações? Para essas questões, é preciso observar: patentes amplas incentivam a pesquisa fundamental, e as patentes restritas incentivam o desenvolvimento (ENGELMANN, 2011, p.40).

Por conta disso, o diálogo ou estrutura de diversas áreas e ciências, promoverá a inter-relação entre os atores envolvidos na geração de um novo modelo de inovação, lastreado na produção científica, mas com foco de sustentação no Estado e no resultado da produção industrial. A perspectiva do diálogo entre as fontes do direito são mecanismos adequados para a produção de respostas jurídicas, fomentando-se a pluralidade de verdades. Portanto, impõe-se lidar com a pluralidade interconectada das fontes, em caminhos imprecisos e inseguros, com novas feições de direito subjetivos, construídas a partir do conteúdo envolvido entre os sujeitos à luz dos princípios constitucionais. Ainda, este conjunto será permeado pelas diversas áreas de conhecimento – incluindo o Direito (ENGELMANN, 2014, p.359).

Encontra-se um grande número de normativas já são encontradas em nano, produzidas por várias agências e órgãos internacionais, como a National Institute for Health (NIH) dos Estados Unidos, National Science Foundation (NSF), ISO, OECD, British Standards Institution (BSI), na união europeia a Comissão Europeia e Parlamento Europeu, European Medicines Agency, Co-nanomet, European Agency for Safety and Health at work, dentre outras. Essas diretrizes, avaliações de risco e recomendações poderão ser aproveitadas para a geração de um marco normativo interno (ENGELMANN, 2015, p.116).

Por derradeiro, nesse sentido, não há como rejeitar a ideia de uma flexibilização dos critérios e normativas das patentes com nano (utilizando-se de outras fontes mais atuais e adequadas para novas demandas e direitos), a fim de possibilitar respostas aptas para o enfrentamento das complexidades nelas inseridas. O retorno do Direito à sociedade, de forma suficiente e adequada, prestando suporte às novas demandas das nanotecnologias e patentes, será dialogando com todas as fontes possíveis do Direito, buscando em outras diretrizes os fundamentos aptos para dar conta desta nova realidade. Para tal empreendimento, requer-se uma maior flexibilização do sistema legal de propriedade intelectual, e ainda se busca a superação do paradigma positivista fechado.

CONCLUSÃO

Presencia-se uma sociedade pós-moderna, com novos anseios e necessidades. Uma sociedade complexa que vivencia a era nanotecnológica, que pode oferecer extraordinárias promessas de benefícios e grandes avanços (sendo que alguns benefícios já são realidade, desfrutados pelos consumidores, como por exemplo, no caso de nanomateriais eficientes e mais leves, e protetores solares mais eficazes). De outra maneira, o desenvolvimento da era nanotecnológica traz uma série de novas demandas ao Direito, bem como o aumento de patentes nessa área. A propriedade intelectual passa pelo movimento da Internacionalização do sistema de patentes, buscando métodos mais eficientes e dinâmicos para concessão, com a finalidade de dar conta dos avanços das novas tecnologias e fomentar a inovação. Dito isto, verifica-se a necessária flexibilização dos critérios entre os países industrializados e os países em desenvolvimento, na tentativa de solucionar a assimetria entre eles. Contudo, a harmonização que se busca não será efetiva, pois deixará de fora os países em menor avanço.

Inserindo-se neste contexto de inovação, aparecem as nanotecnologias, que apresentam propriedades particulares, onde a própria definição é aberta, o que dificulta na formulação de critérios para concessão (e registro) de patentes e sua abrangência. Observando as particularidades da era nano, somente a flexibilização das normas e legislações da propriedade intelectual possibilitará o alcance de respostas aptas para auxiliar nas demandas dela oriundas. Tendo em vista que se presencia uma série de novos direitos e demandas originárias da complexidade da era nanotecnológica, inseridas no âmbito da internacionalização do sistema de patentes, o Direito acaba tendo de responder à demandas antes sequer imaginadas, o que na conjuntura atual encontrada, não está apta a dar suporte. Desta forma, busca-se a abertura do sistema jurídico positivista, superando o paradigma normativo fechado, para viabilizar o Diálogo entre as Fontes do Direito, utilizando-se de todas as diretrizes e regulações diversas existentes, como da OECD, Niosh, NIH, ISO, dentre tantas outras, e ainda tratados, Convenções, buscando uma resposta adequada para estas questões. Verifica-se que a flexibilização está presente tanto no movimento da Internacionalização do sistema de patentes (na adoção de políticas de PI), quanto nas questões das nanotecnologias e regulação, bem como ainda esta nova tecnologia

interage e insere-se na seara das patentes, dado o largo desenvolvimento industrial e concessão/registo de patentes com ela. Portanto, com a finalidade de prestar respostas aptas para a complexidade das patentes e nano, busca-se o Diálogo entre as fontes do Direito, onde todas as fontes estejam colocadas de maneira vertical, reformulando a base legislativa e superando o paradigma positivista. Encontrando um equilíbrio onde se proteja o direito do criado e o acesso ao conhecimento, favorecendo a inovação. Por outro lado, a transdisciplinaridade e troca de conhecimentos em todas as áreas da ciência, favorecerão a adoção de medidas e normas atualizadas para dar conta dos novos desafios da era nanotecnológica, bem como na resolução de critérios das patentes. Através do diálogo entre as fontes verifica-se o reforço no pluralismo de verdades, lidando com a pluralidade interconectada das fontes, em caminhos imprecisos, com novas feições de direito subjetivos. O Direito na era nanotecnológica, com reflexos no sistema de patentes, deve ser visto além do texto legal, expandindo possibilidades de construção do jurídico num contexto flexível, pois como doutrina Engelmann, “é o momento da criatividade para o Direito por meio da valorização da multidimensionalidade”(ENGELMANN, 2014, p.356).

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Denis Borges. **TRIPs e as novas normas de Propriedade Intelectual**. 1994. Disponível em: <denisbarbosa.addr.com/70.doc > Acesso em: 01 jul. 2017

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CHAMAS, Claudia Ines. **Gestão da Propriedade Intelectual em Nanotecnologia**. XXXI Encontro da ANPAD. Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: < http://www.anpad.org.br/admin/pdf/GCT-A3039.pdf> Acesso em: 19 jul. 2017.

CHAVES, Gabriela Costa et al. A evolução do sistema internacional de propriedade intelectual: proteção patentária para o setor farmacêutico e acesso a medicamentos. **Cad. Saúde Pública**. Rio de Janeiro. v. 23, n. 2, p. 257-267. Feb.2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311-2007000200002X&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 jul. 2017.

CORREA, Carlos M. **Propriedade intelectual e Saúde Pública**. Tradução de Fabíola Wüst Zibetti. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.19-55.

ENGELMANN, Wilson; WEYERMÜLLER, André Rafael; FLORES, André Stringhi. **Nanotecnologias, marcos regulatórios e direito ambiental**. Curitiba: Honoris Causa, 2010.

ENGELMANN, Wilson. A utilização de nanopartículas de zinco na indústria do plástico: o consumidor estará seguro? In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 24, v. 102, nov.-dez./2015, p. 355-385.

ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (orgs.) **Constitucionalismo democrático na América Latina: desafios do século XXI**. Curitiba: Multideia, 2015. p. 105-122.

ENGELMANN, Wilson. As Nanotecnologias e a Propriedade Intelectual: desafios e possibilidades à Gestão transdisciplinar da Inovação. IN: BOFF, Saete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (Orgs.). **A Proteção Jurídica da Inovação Tecnológica**. Passo Fundo: IMED, 2011, p. 25-44.

ENGELMANN, Wilson. O direito das nanotecnologias e a (necessária) reconstrução dos elementos estruturantes da categoria do “direito subjetivo”. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.) **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2014. p. 339-359.

ENGELMANN, Wilson; BORGES, Isabel Cristina Porto; GOMES, Taís Ferraz. **Responsabilidade civil e nanotecnologias**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8913-8.

EPA - **United States Environmental Protection Agency**. Disponível em: <https://www.epa.gov/> Acesso em: 15 jul. 2017.

FEYNMAN, Richard P. **Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física**. SBPC/Labjor Brasil, atualizada em 10 nov. 2002. Disponível em: < http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>. Acesso em: 21 jul. 2017.

HIGH-LEVEL EXPERT GROUP ON KEY ENABLING TECHNOLOGIES, **Final Report**, June 2015: KETs: Time to Act, European Commission. Disponível em: <http://ec.europa.eu/growth/industry/key-enabling-technologies/european-strategy/high-level-group/index_en.htm> Acesso em 01 jul. 2017.

HOHENDORFF, Raquel Von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no Direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (orgs.). **Direitos Humanos e Novas Tecnologias**. Jundiaí, Paco Editorial: 2015. p. 09-47.

HORIZON 2020 em breves palavras: **O programa-quadro de investigação e inovação da EU**. Disponível: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_PT_KI0213413PTN.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Megatendências mundiais 2030: o que entidades e personalidades internacionais pensam sobre o futuro do mundo?**: contribuição para um debate de longo prazo para o Brasil / organizadora: Elaine C. Marcial. – Brasília: Ipea, 2015. 175 p. ISBN: 978-85-7811-259-2.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – INPI; **Alerta Tecnológico n.º 87. Pedidos de Patente sobre Nanomateriais – nº 3**. Janeiro de 2013. p.09 Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/alerta_nanomateriais_3_87_jan_2013-1.pdf> Acesso em: 20 jul. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – INPIa. **Alerta Tecnológico nº 91 – Setembro de 2013 - Pedidos de Patente sobre Nanomateriais publicados no 2º semestre de 2012**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/alerta_nanomateriais_n4_91_julho_2013.pdf> Acesso em: 15 jul. 2017.

LIMA, Edilson Gomes de. **Nanotecnologia: biotecnologia e novas ciências**. 1. ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2014.

MCTI - Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Diálogos setoriais para a regulação de produtos baseados em nanotecnologia**. Nov. 2014. p.03 Disponível em: <http://sectorialogues.org/sites/default/files/acoes/documentos/dialogos_setoriais_-_nanotecnologia_portugues.pdf> Acesso em: 19 jul. 2017.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE (NPDa). Disponível em: <http://statnano.com/index.php?ctrl=newsletter&actn=show_content&cid=621>. Acesso em: 11 jul. 2017.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE (NPDb). Disponível em: <http://statnano.com/index.php?ctrl=newsletter&actn=show_content&cid=621> Acesso em 11 jul. 2017.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE (NPDc). Disponível em: <<http://statnano.com/report/s103>> Acesso em 09 jul. 2017.

NASA - National Aeronautics and Space Administration. Disponível em: <<https://www.nasa.gov/>> Acesso em 15 jul. 2017.

NIOSH - **The National Institute for Occupational Safety and Health**. Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/about/>> Acesso em 15 jul. 2017.

OSHIRO, M. L. ; OSHIRO, E. ; SILVA, T. E. M. ; WAISSMANN, W. ; ENGELMANN, W. Nanotechnologies and the risk management of biofuel production. In: Mahendra Rai; Silvio Silvério da Silva. (Org.). **Nanotechnology for bioenergy and biofuel production**. 1ed.Switzerland: Springer International Publishing, 2017, v. 1, p. 343-364.

OTHON, Adriano de Oliveira. **O sistema internacional de patentes e sua instrumentalização**. Revista da Direito e Liberdade – Mossoró – v. 7, n. 3, p. 15 – 44 – jul/dez 2007. p 16. Disponível em: http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/75. Acesso em: 17 jul. 2017.

SANT'ANNA, Leonardo da Silva; ALENCAR, Maria Simone de Menezes; FERREIRA, Aldo Pacheco. **Patenteamento em nanotecnologia no Brasil: desenvolvimento, potencialidades e reflexões para o meio ambiente e a saúde humana**. Quím. Nova, São Paulo ,v. 36, n. 2, p. 348-353, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422013000200024&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 Jul.2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-40422013000200024>.

THE NATIONAL NANOTECHNOLOGY INICIATIVE. **Supplement to the President's 2017 Budget**. Executive office of the President National Science and Technology Council Washington, D.C. 20502. Março 2016. Disponível em: <http://www.nano.gov/sites/default/files/pub_resource/nni_fy17_budget_supplement.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2017.

USPTO. United States Patent and Trademark Office. Disponível em: <<https://www.uspto.gov/>> Acesso em: 11 jul. 2017.

WIPO. **The World Intellectual Property Organization**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/portal/en/index.html>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

12

A INDÚSTRIA CRIATIVA VERDE: INOVAÇÃO E PRESERVAÇÃO FRENTE AOS RISCOS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*Bruno de Lima Silva*²²⁷

*Dr. André Rafael Weyermüller*²²⁸

Resumo: A sociedade atual enfrenta os problemas oriundos do modelo produtivo adotado, o qual trouxe diversos benefícios, mas também riscos para o meio ambiente e para a saúde humana. O objetivo do artigo é verificar a aplicação da Indústria Criativa denominada “Verde” como ferramenta para garantir a tutela ambiental e conciliar os interesses econômicos, efetivando a sustentabilidade. A presente pesquisa utilizou-se da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann. Os resultados apontam as tensões existentes entre economia e preservação ambiental, sendo que a Indústria Criativa Verde mostra-se como alternativa real, para equacionar os problemas econômicos e ambientais.

Palavras Chave: Direito; Indústria Criativa; Inovação; Sustentabilidade.

Abstract: The current society faces the problems arising from the adopted production model, which has brought several benefits, but also risks to the environment and to human health. The objective of this article is to verify the application of the

²²⁷ Acadêmico do Curso de Direito da Universidade FEEVALE. Atualmente Bolsista de Iniciação Científica na mesma instituição. E-mail: brunolima.ambiental@gmail.com

²²⁸ Pós-Doutor em Direito pela PUC/RJ. Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista pela Feevale. Pesquisador e Professor da Graduação e Pós-Graduação na Universidade FEEVALE e UNISINOS. E-mail: andrerw@feevale.br

Creative Industry called “Green” as a tool to guarantee environmental protection and reconcile economic interests, making sustainability. The present research was based on Niklas Luhmann’s Theory of Autopoietic Systems. The results point to the tensions between the economy and environmental preservation, with the Green Creative Industry being a real alternative to equate economic and environmental problems.

Keywords: Law; Creative Industry; Innovation; Sustainability.

INTRODUÇÃO

Logo após a Segunda Guerra Mundial, desencadeou-se um processo de maximização na produção de bens e serviços em face da grande capacidade produtiva montada para atender as necessidades materiais do conflito. Essa realidade inquietante fica evidente em virtude da enorme quantidade e diversidade de produtos tecnológicos e de consumo existentes. O modelo produtivo adotado trouxe consigo alguns benefícios, atrelado a isto as novas tecnologias que aprimoraram este processo. Entretanto, diversos riscos sugeriram para o meio ambiente e para a saúde humana. A inovação tecnológica incessante e suas consequências, foi um dos argumentos para a formulação do diagnóstico da Sociedade de Risco do sociólogo alemão Ulrich Beck. Nesse panorama a sociedade aumenta a cada dia seu aparato tecnológico e que depois precisa conviver com novos riscos. O modelo atual de desenvolvimento não é compatível com a realidade mundial, pois a sustentabilidade e a preservação ambiental somente serão possíveis com uma mudança profunda nessa relação. A Sociedade de Risco representa em si um alerta para as consequências do modelo adotado. Em meio a este cenário paradoxal, o conceito de Indústria Criativa Verde emerge como uma alternativa, já que se propõem a dar continuidade às atividades econômicas, incorporando os princípios ambientais na matriz produtiva para adaptar o modelo atual.

Esse modelo leva em conta a realidade e as limitações da sociedade contemporânea, tendo como pilares a criatividade e a inovação. O objetivo do artigo é verificar a aplicação da Indústria Criativa dita “Verde” como ferramenta para garantir a tutela ambiental e conciliar com os interesses econômicos, buscando a efetivação

de uma perspectiva geralmente designada por sustentabilidade. Justifica-se a presente pesquisa pela necessidade em discutir a construção de um novo modelo de integração entre economia e meio ambiente para, através de um processo inovador, garantir a preservação ambiental e viabilizar as atividades econômicas.

A presente pesquisa utilizou-se da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Niklas Luhmann para explicar o contexto e as tensões sistêmicas entre Economia e Direito. Os resultados apontaram as grandes tensões existentes entre modelo econômico e a sustentabilidade. Assim, a Indústria Criativa está no centro da discussão devido aos elementos inovadores que são tipicamente produzidos por seus criadores. Essa designação teve início na Austrália na década de 80 e ganhou visibilidade mundial após sua aplicação no Reino Unido.

O termo “Verde” não pode ser incorporado com uma mera rotulagem, pois significa um comprometimento com a sustentabilidade e responsabilidade ambiental. Diferente da econômica tradicional, a economia criativa desenvolve-se no potencial individual e coletivo de produção de bens, serviços, modelos e processos criativos com valor econômico agregado. A Economia é essencial como sistema social e para garantir o desenvolvimento, mas os atuais modelos de produção e utilização excessiva dos recursos naturais geram efeitos negativos. A modificação desses modelos é necessária para harmonizar a realidade e as limitações existentes. A Indústria Criativa Verde mostra-se como uma esperança neste processo modificativo, tanto do ponto de vista econômico, quanto ambiental. Existem experiências positivas com o uso desse novo modelo que liga a inovação ao cuidado ambiental, buscando a efetivação da sustentabilidade.

O CONTEXTO ATUAL

O homem sempre teve algum tipo de relação com a natureza, entretanto com o passar dos anos, diversos acontecimentos incentivaram uma mudança na forma do ser humano pensar e de se portar perante o meio ambiente. Assim, a sociedade contemporânea possui um intrincado mecanismo social e um imenso aparato tecnológico, com isto ocorreu um abalado na relação homem natureza, onde a sociedade imergiu-se em uma crise ambiental ou ecológica sem precedentes.

De acordo com Edis Milaré (2013), o homem estabeleceu várias formas de relação com a natureza, essa relação desencadeou ao longo da história ações de

cunho positivo ou negativo, sob a ótica ambiental. Assim a necessidade de satisfação, atribuída aos bens de consumo produzidos pelo homem, intensificaram um processo para o surgimento de uma crise ambiental. Neste sentido, a era contemporânea apresenta alguns paradoxos atrelados ao crescimento econômico e seus efeitos, a sociedade assiste a diversos problemas e desastres ambientais, oriundos desse modelo de desenvolvimento, o qual abala toda a biosfera. (GONÇALVES e PERREIRA, 2016).

Carvalho destaca o momento de crise na modernidade e a visão antropocêntrica, a qual norteia as ações antrópicas como segue:

A visão antropocêntrica, panteísta, está profundamente arraigada em nosso universo mental e deita raízes nas origens de nossa civilização atual. Os nossos valores culturais vêm insistindo, praticamente sem interrupção no decurso histórico, na predominância absoluta do ser humano sobre a natureza e sobre os demais seres. A idéia de domínio total impõe, numa categoria de dever moral, a subjugação do não-humano. Dominar, impor, transformar, criar novas realidades materiais parece ser uma determinação inelutável ligada ao destino de “ser humano” (CARVALHO, 2003, p. 16).

Neste contexto cabe destacar, o posicionamento de Fritjot Capra (2004, p. 23) sobre o tema, “defrontamo-nos com toda uma série de problemas globais que estão danificando a biosfera e a vida humana de uma maneira alarmante, e que pode logo se tornar irreversível”, assim demonstra-se a complexidade da sociedade contemporânea, a qual não possui precedentes históricos. Essas problemáticas estão permeadas através de riscos na atualidade, a superprodução industrial é o fio condutor de tais problemáticas, as quais geram ameaças transnacionais. Percebe-se que o processo de industrialização transformou os riscos, tornando esses imprevisíveis, assim fugindo do alcance das instituições existentes na sociedade contemporânea (FERREIRA e SERRAGLIO, 2015).

Cabe ainda destacar, conforme José Renato Nalini (2002), que existe um paradigma no qual onde o homem ignora uma das mais importantes características da Terra: a interdependência de todos os seres e partes que constituem a biosfera. O planeta constitui-se em um sistema formado por um denso entroncamento de ligações interdependentes, ou seja, um sistema autodependente, assim ocorrendo alguma violação, implica inevitavelmente na ruptura do sistema e em sérias conse-

quências. Essa mudança de pensamento do ser humano em relação à natureza possui uma ligação com a herança deixada pelo antropocentrismo. Para François Ost,

[...] é em Descartes e noutros pensadores eruditos do seu século que procuraremos os indícios, mais claros, do redemoinho que conduz hoje a uma tal ruptura entre o homem e a natureza. Mas o movimento remonta aparição da espécie humana, que o homem transforma a natureza. Como qualquer outra espécie natural, o homem, só pela sua presença, pesa sobre os ecossistemas que o abrigam; como qualquer outro ser vivo, o homem retira recursos para assegurar a sua sobrevivência e rejeita matérias usadas [...] ao contrário do homem moderno, que, liberto de todas as amarras cosmológicas, transforma descomedidamente o mundo natural com a sua tecnologia, o homem primitivo não se arrisca a perturbar a ordem do mundo senão mediante infinitas preocupações, consciente da sua presença no universo cósmico, no seio do qual natureza e sociedade, grupo e indivíduo, coisa e pessoa, praticamente não se distinguem. (OST, 1997 p.30-31).

O cenário mundial globalizado enfrenta uma crise ambiental ou ecológica, sendo que o principal responsável é a própria espécie humana, a qual de forma radical utiliza-se dos recursos naturais de forma demasiada. Neste contexto o modelo de desenvolvimento econômico dominante, o capitalismo industrial, buscando atender as altas taxas de consumo da população mundial, desencadeou uma desordem global na biosfera (VIOLA, 1998).

De acordo com André Rafael Weyermüller (2010) a revolução industrial foi o marco inicial da maximização do desenvolvimento econômico, entretanto atrelado a este processo os problemas ambientais tiveram um aumento exponencial, originando uma série de efeitos negativos vivenciados até a atualidade. Sendo quase impossível conciliar o desenvolvimento econômico e preservação ambiental na modernidade. Júlio José Chiavenato (1989) esclarece que em qualquer sociedade industrial a poluição está ligada com a produção, logo aumentando a produção aumenta-se a poluição, assim despoluir representa um custo insuportável para esse tipo de modelo econômico.

Neste sentido o sistema econômico foi responsável por uma mudança significativa no sistema ecológico. Assim, os ecossistemas não possuem capacidade de absorverem as agressões impostas pela expansão econômica, ocorrendo o esgotamento dos recursos naturais. Torna-se evidente a crise ambiental, a partir dos sinais que o planeta demonstra de que as ações humanas, já ultrapassando os limites de

suportabilidade natural da biosfera, trazem prejuízos incalculáveis, os quais fazem aflorar um temor para a sociedade atual e futura sob a existência da raça humana no planeta (GUERRA, 2009).

Ricardo Carneiro (2003) destaca outro ponto importante que a maior parte dos benefícios decorrente da exploração dos recursos naturais foi feita para manter a atividade econômica e os altos padrões de consumo das potências mundiais, ou países centrais. Por causa desse processo ao restante da população mundial, principalmente nos países de terceiro mundo ou subdesenvolvidos, resta a proliferação das desigualdades sociais, sendo a principal delas a miséria, assim, a destruição da natureza, além de gerar a denominada crise ecológica, também incorre à intensificação dos problemas sociais.

A humanidade externalizando as ideias de desenvolvimento atingiu algumas conquistas significativas, entretanto trouxe consigo efeitos indesejáveis, como as desigualdades sociais, a degradação ambiental e a fragilização do sentimento de coletividade e de segurança (GONÇALVES E PERREIRA, 2016). Conforme Zygmunt Bauman (2013), a desigualdade proporcionada pelo modelo econômico ou capitalismo está estratificada e institucionalizada nas diferentes esferas sociais. Neste sentido, a desigualdade, é uma doença grave que retira a qualidade de vida, do corpo social, seja ela socialmente construída ou legitimada.

Neste sentido o termo globalização, José Luiz Bolzon Moraes (2008, p. 9) esclarece a globalização em sentido amplo, força a relativização das fronteiras territoriais, incentivando e ampliando o comércio e os deslocamentos humanos. Assim o processo de globalização, incentiva a uma fragmentação do Estado moderno, nesse contexto, diversos cenários e temas ganham destaque, principalmente os efeitos transfronteiriços, portanto “a questão ambiental, dessa forma, não se submete aos limites territoriais da ordem jurídica moderna e a suas estratégias”. O processo de globalização causou diversos efeitos sobre o meio ambiente. Matthew R. Sanderson destaca com propriedade esse processo:

Uma crescente literatura, no entanto, examina os efeitos da globalização sobre o meio ambiente natural. Muitos países menos desenvolvidos contraíram uma grande dívida externa em uma tentativa de facilitar o desenvolvimento econômico e elevar os padrões de vida. A fim de gerar as divisas necessárias para saldar a dívida, estes países menos desenvolvidos têm atraído investimentos estrangeiros diretos em grande escala, indústrias extrativistas, como

as mineradoras e a agricultura de exportação. Grandes fluxos de investimentos geralmente fornecem a escala de operações necessárias para expandir a produção econômica e comercial e, portanto, gerar quantidades significativas de divisas. No entanto, a escala dessas operações também tem agravado a degradação ambiental nesses países. Com efeito, um número de estudos quantitativos transnacionais descobriram que a globalização do comércio, investimento, produção contribui para várias formas de degradação ambiental nos países menos desenvolvidos, incluindo o desmatamento, as emissões de gases de efeito estufa e a poluição dos recursos hídricos (SANDERSON, 2009 p.94).

Neste sentido, cabe destacar que as ameaças ao meio ambiente são oriundas dos avanços tecnológicos, os riscos são inerentes à própria tecnologia somados com a forma que vem sendo desenvolvidas, as novas condições criadas por ela, assim como a maneira como o homem a utiliza. Dessa forma, faz-se necessário construir novos caminhos ou paradigmas, envolvendo todas as esferas da sociedade, tornando-se possível uma efetivação do denominado desenvolvimento sustentável. O homem criou uma ilusão, na qual ele é o centro da existência do planeta, colocando uma visão antropocentrismo sob todas as suas ações, apropriando injustificadamente da natureza, esquecendo que faz parte de um sistema e a humanidade é dependente dos demais ecossistemas existentes na terra (CALGARO e GARDELIN, 2017).

De acordo com Sidney Guerra (2006), existe um movimento, o qual busca direcionar o desenvolvimento econômico para uma perspectiva, sócio ambiental, na qual será possível incentivar comportamentos ambientalmente sensatos, equacionando o plano econômico, social e ecológico. Assim a comunidade internacional, através de seus diversos atores, Estados, Organizações Internacionais, Organizações Não Governamentais, indivíduo, buscam, minimizar os efeitos causados ao meio ambiente, através da denominada consciência ecológica. No mesmo sentido, Anthony Giddens contribui de forma significativa, demonstrando a necessidade de mudanças reais, para assim combater a crise ambiental, conforme segue:

Enfrentar as ameaças advindas do dano aos ecossistemas da Terra provavelmente demandará respostas globais coordenadas em níveis muito distantes da ação individual. Por outro lado, essas ameaças não serão eficazmente combatidas a menos que haja uma reação e uma adaptação da parte de todo indivíduo. Mudanças generalizadas de estilo de vida, junto com uma diminuição da importância atribuída à contínua acumulação econômica, serão quase cer-

tamente necessárias se quisermos minimizar os riscos ecológicos hoje à nossa frente (GIDDENS, 1991 p. 204).

Contudo a sociedade contemporânea vive uma realidade complexa e preocupante, existindo diversas incertezas e riscos a serem superadas, sendo que a crise ambiental atual é uma das questões principais a serem enfrentadas. O homem ao longo da história esqueceu-se da sua interdependência com a natureza, suas ações conduziram a humanidade até esse momento de crise, sendo necessária uma mudança real no estilo de vida e produção, principalmente com a modificação do modelo econômico adotado majoritariamente pelo mundo.

SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade vive um momento crítico. Diversos problemas socioambientais emergiram em níveis globais. Esses problemas estão fortemente relacionados ao processo de inovação e industrialização, em decorrência disto temos a poluição industrial, vazamentos nucleares, aquecimento global, desmatamento e esses problemas afetam diretamente a saúde humana e os ecossistemas (DEMAJOROVIC, 2003).

Com todas essas incertezas, a sociedade contemporânea encontra-se em um momento altamente complexo, onde as palavras de Robert Kurz (1988, p.16) sintetizam bem essa situação:

Nunca existiu na história moderna um consenso tão amplo das elites de todos os países como ocorre hoje, a economia global de mercado e os critérios de concorrência parecem estar além de qualquer crítica e formam o sistema de referência geral de toda a atividade humana. Mas, por outro lado, talvez também nunca tenha existido em toda a história moderna tal insegurança política e econômica, nem uma angústia social em relação ao futuro como as presentes hoje.

Na sociedade moderna, percebe-se com estranheza, que mesmo com avanços científicos, o domínio humano sozinho, não conseguiu resolver, problemas novos e velhos, como fome, degradação ambiental, violência, desigualdade social. O homem direcionou suas ações, para o desenvolvimento econômico e o bem estar da sua

própria espécie, entretanto centralizou de forma invasiva seus interesses frente as demais espécies que habitam o planeta, esquecendo que faz parte de um ecossistema bem maior mais complexo, com isto desencadeando uma crise (DA COSTA GONÇALVES, 2017).

Anthony Giggens (1991) destaca que o homem ao utilizar ciência e tecnologia como mecanismos de um processo de industrialização, gerou uma modificação sem precedentes históricos, com isto a degradação ambiental tornou-se tão intensa que a própria existência humana está ameaçada.

Jürgen Habermas (1971) na década de 1970, já fazia um alerta sobre o problema na essência da sociedade industrial, essa buscava incessante do aumento da produtividade. O autor destaca que a fusão da tecnologia, pesquisa e ciência em torno de um único objetivo, sendo este o aumento da produtividade, trouxe mudanças significativas nas relações homem e natureza, fragilizando de uma forma sem precedentes essa relação com o meio ambiente.

O início desta crise nos remete ao surgimento do Estado Moderno, esse por sua vez baseou-se na evolução remontada ao século XIV, existindo uma forte distinção entre o feudalismo, em função da separação entre funções políticas e administrativas, bem como pela dissociação do poder político (ROTH, 2006). O Estado Moderno assume duas formas principais: o Estado Liberal e o Estado Social. Conforme Hunt e Sherman (1985, p. 71), o primeiro favoreceu o desenvolvimento do capitalismo, “o desenvolvimento do capitalismo significou um alto custo social que culminou com um processo de luta por direitos sociais básicos não atendidos pelo Estado Liberal”.

O Estado Social, também através da ciência e tecnologia, estimulou condições para garantir a todos um estado de bem estar social, entretanto isto potencializou a criação de riscos globalizados. Por sua vez Morin (2002, p.84) destaca que, a mesma ciência e tecnologia que auxiliaram o homem em diversos momentos encontram-se distorcida e completamente às cegas sobre seus fundamentos e alcance, assim “já não sabemos para onde ela nos conduz”.

Na modernidade, o risco transfere-se para uma realidade impossível de delimitar, torna-se mais difícil seu controle, os mecanismos estatais construídos e adaptados já não conseguem acompanhar a produção dos riscos, gerando uma nova realidade. Morin (2003, p.79) destaca isto de forma enfática “os séculos precedentes

sempre acreditaram em um futuro, fosse ele repetitivo ou progressivo, o século XX descobriu a perda do futuro, ou seja, sua imprevisibilidade”.

De acordo com Ignacy Sachs (1986) a segurança na qual se acreditava no passado revelou-se algo que não existe, mesmo assim a sociedade moderna vive um paradoxo, no qual ela tem fé que a ciência e a tecnologia, através de inovações tecnológicas vão resolver os problemas por elas gerados. Percebe-se isto através do discurso de diversos segmentos sociais, empresas, governo, cidadãos, órgãos não governamentais, essa credibilidade está presente em diversas obras publicadas como Ecodesenvolvimento e Nosso Futuro Comum.

Neste contexto percebe-se que as catástrofes e danos ambientais não são acidentes ou surpresas inesperadas, mas são riscos oriundos da modernidade, demonstrando a incapacidade de gerir os efeitos do desenvolvimento produtivo ou industrial. Assim, o sociólogo alemão Ulrich Beck (2011), em um trabalho instigante denominado *Sociedade de Risco: Rumo a Nova Modernidade*, apresenta uma nova perspectiva para compreender todos os acontecimentos ocorridos na modernidade, principalmente os danos, catástrofes e diversos riscos.

Neste sentido é essencial compreender o termo risco, já que este serviu de base para a teoria de Beck, assim o sociológico Niklas Luhmann (2006) esclarece a origem do termo risco nas diversas ciências, afirmando que o risco “originariamente se tratava de uma justificação da ganância empresarial por apresentar medo da função e da absorção da margem de insegurança”. Já Anthony Giddens (2002, p. 44), afirma que “o conceito de risco é a expressão característica de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia”.

Na modernidade, ocorreram profundas transformações sobre a forma de organização das relações sociais e econômicas, o capitalismo gerou um paradoxo, pois ao mesmo tempo em que proporcionou o acúmulo de bens, livre exercício da atividade econômica e os avanços tecnológicos, a sociedade foi exposta a inúmeras ameaças originárias desse processo de radicalização do capitalismo. Assim, na era contemporânea torna-se evidente que os efeitos do capitalismo industrial, produziram prejuízos sobre a segurança da população, sendo que as instituições não possuem mecanismo de controle sobre a geração de riscos, estes imprevisíveis e muitas vezes invisíveis (LEITE, 2004).

Weigel (2009) explica a desproporcionalidade existente entre desenvolvimento (capitalismo) e proteção ambiental, reafirmando que a problemática ambiental

agravou-se ao invés de atenuar-se frente aos avanços tecnológico, desenvolvimento econômico e conseqüentemente suas vantagens, sendo que este fenômeno é de fácil constatação:

[...] o desenvolvimento nas últimas décadas concentrou atividades econômicas nos grandes centros e atraiu expressivos contingentes populacionais, fazendo que ocorresse, por um lado, a concentração de riqueza e, por outro, crescimento de demandas por serviços de infra-estrutura, diminuindo a capacidade de investimentos [...]. A atração do progresso, hoje intensa, acaba conjugando-se, portanto, com a crescente necessidade de recursos financeiros para garantir o funcionamento básico da economia e dos serviços públicos. [...]. O crescimento nos investimentos nas cidades leva a mudar da relação com a natureza (WEIGEL, 2009, p.192-193).

Neste contexto, faz-se necessário lembrar que o desenvolvimento econômico trouxe algumas vantagens para a sociedade, entretanto não resolveu os problemas antigos e ainda desencadeou diversos novos problemas, como a produção em massa de riscos e a imprevisibilidade existente na atualidade. Mario Ferreira Monte (2001, p. 18) contextualiza bem essa relação, uma vez que hoje “acontecem fenômenos de difícil previsibilidade, e, mais ainda, de difícil controlabilidade, próprios de uma sociedade que se vê ameaçada por sua própria dinâmica, frutos essencialmente de decisões humanas”.

Assim, Beck (2011, p. 23) explica brilhantemente a relação entre capitalismo geração e acumulação de renda e os riscos desencadeados:

Na modernidade tardia, a produção social da *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Conseqüentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos.

Garcia (2005) aprofunda o tema sobre a existência de um paradigma, o qual chama a atenção para o lado obscuro do desenvolvimento de novas técnicas, com a ineficiência de seu sistema, o qual teria a função de calcular os riscos, ocorrendo inversamente inúmeras conseqüências negativas, as quais colocam em xeque a própria continuação da vida no planeta.

Neste sentido, Ulrich Beck inicia a incursão sobre o desenvolvimento da sociedade, relacionando com o risco oriundo do processo de industrialização. Existem diversas ameaças, as quais estavam ocultas, tornando-se visíveis nesta modernidade, como os processos de desertificação em antigas áreas de vegetação, poluição das águas, catástrofes causadas por materiais tóxicos, em consequência, os riscos ao fazerem parte da consciência pública, transformam-se em um fator político, sendo que na atualidade os riscos são cientificados e ao mesmo tempo são comercializados. É necessário realizar uma reflexão, “a fome poder ser suplantada em quase todo o mundo, mas não nele todo, assim os ricos tornam-se um novo produto, um saco em fundo, que não poder ser exaurido e nem aplacado” (GOMES, 2017, p. 18). Conforme palavras de Beck (2011, p.68):

Mas o que conta decisivamente em favor disso é uma *sintomática e simbólica* “superação” do risco. Os riscos precisam *aumentar* com sua superação. Na verdade, não devem ser superados em suas causas, em suas fontes. Tudo acontece no âmbito da *cosmética* do risco: embalagem, mitigações sintomáticas da poluição, instalação de filtros purificadores ao mesmo tempo em que se mantêm as fontes poluidoras. Ou seja, nada *preventivo*, mas apenas uma indústria e uma política simbólicas de superação da multiplicação dos riscos.

Neste contexto a sociedade de risco delimita a passagem da primeira modernidade (simples), para a segunda modernidade (reflexiva). A primeira modernidade baseava-se na racionalidade cientificista, na possibilidade de prever e calcular os riscos e perigos de técnica, lutas de classes e questões de segurança, entretanto na segunda modernidade, o capitalismo industrial torna-se o centro da questão, esse por sua vez, gera uma autoconfrontação da sociedade com suas próprias consequências, esse processo inicia o surgimento dos riscos globais, transnacionais, sendo eles imprevisíveis e incalculáveis, como o desastre nuclear de Chernobyl (CARVALHO, 2008).

Niklas Luhmann (2006) esclarece que a sociedade de risco não é um resultado somente da percepção das consequências das realizações técnicas, já que está presente no desenvolvimento das possibilidades de investigação e de conhecimento. Com isto, constata-se que quanto maior o conhecimento que a sociedade desenvolve sobre si mesma maior a chance de identificação de novos riscos, a partir disto escolhe-se qual caminho percorrer. Neste contexto tanto a pesquisa quanto

o progresso são latentes e determinantes na forma de agir, constantemente focado no avanço da sociedade e como consequência uma série de danos de cunho social e ambiental.

Explicam Rodrigues e Squeff (2016), que durante o século XX, a modernidade reflexiva é caracterizada pelo dever de descobrir as respostas, oriundas das provocações e dos riscos produzidos pela própria modernidade, essa por sua vez decorre da evolução das instituições da sociedade industrial, que iniciaram o processo de destruição de vida no planeta. O desenvolvimento social é cunhado pela sociedade industrial, diferenciada pela produção e distribuição de bens, ocorrendo depois o deslocamento para o conceito de sociedade de risco, na qual a distribuição dos riscos não tem relação com as diferenças econômicas, sociais e geográficas típicos da primeira modernidade.

Por consequência, os próprios riscos que permeiam a modernidade, fazem que a sociedade seja descrita como sociedade produtora de risco que, por sua vez, estão relacionadas com o processo de produção em massa, oriundo da industrialização, ocorrendo à geração de ameaças globais. Deste modo, o desenvolvimento tecnológico no meio ambiente, passou de uma situação previsível, para um risco constante, ocorrendo uma dubiedade das consequências do desenvolvimento. As instituições existentes na sociedade industrial não têm condições de preverem os riscos gerados pelo processo de industrialização, deste modo os riscos atuais são na maioria das vezes imprevisíveis (FERREIRA e SERRAGLIO, 2015).

De acordo com Beck (2011, p. 332), “em sentido inverso, a negação dos riscos não leva à sua superação. Muito pelo contrário: aquilo que se prendia como uma política de estabilização pode-se rapidamente converter em numa desestabilização geral”. Assim todos os agentes envolvidos devem repensar o modelo de desenvolvimento adotado para achar uma solução para as problemáticas da pós-modernidade.

Neste sentido, percebe-se que vive-se um momento crítico de realidade globalizada, essa por sua vez tem como característica a produção de riscos transfronteiriços e imprevisíveis. Frente ao enorme entroncamento social existente, ganha destaque a função do Estado, o qual deve agir com políticas específicas, buscando através do Direito, tutelar e equacionar a sociedade de risco, dentro dos limites ambientais existentes, para garantir condições mínimas para as gerações futuras.

AS INDÚSTRIAS CRIATIVAS

A partir dos anos 90 ocorreram diversos movimentos sociais em países industrializados, disseminando o termo “indústria criativa”. Algumas mudanças econômicas e sociais subsidiaram a modificação das atividades industriais, as quais tinham como principal objetivo a maximização na produção de bens, para atividades intensivas voltadas ao conhecimento ou inovação, localizadas principalmente no setor de serviços. Foi na Austrália que o termo Indústria Criativa teve origem, mas precisamente no final da década de oitenta, entretanto foi no Reino Unido que alcançou seu desenvolvimento mais amplo, sendo difundido em uma escala global (BLYTHE, 2001).

A utilização desse termo ou conceito culminou, em meados de 2002, no 1º Fórum Internacional das “Indústrias e Criativas” onde se definiu seu conceito etimológico. Assim, por indústrias criativas, tem-se:

[...] aquelas que têm sua origem na criatividade individual, habilidades e talentos que têm potencial de riqueza e criação de empregos através da geração e da exploração da propriedade intelectual. Assim, “Indústrias Criativas” é o termo utilizado para descrever a atividade empresarial na qual o valor econômico está ligado ao conteúdo cultural. “Indústrias Criativas” une a força tradicional da chamada cultura clássica com o valor agregado do talento empresarial e os novos talentos da mídia eletrônica e da comunicação. (CREATIVE ECONOMY REPORT 2013. UNESCO, 2013).

Conforme John Howkins (2013), o conceito de Indústria Criativa é integrado por diversos setores, tais como propaganda, arquitetura, arte, design, música, software, games entre outros. Os setores, nos quais, estão presentes as indústrias criativas, projetam crescimento para os próximos anos, representando inúmeras oportunidades e benefícios.

A Indústria Criativa ou Economia Criativa está ligada intimamente a essa nova fase ou revolução, pois boa parte de seus produtos tem vinculação com inovação. Conceitualmente:

Economia Criativa é um termo criado para nomear modelos de negócio ou gestão que se originam em atividades, produtos ou serviços desenvolvidos a

partir do conhecimento, criatividade ou capital intelectual de indivíduos com vistas à geração de trabalho e renda. Diferentemente da economia tradicional, de manufatura, agricultura e comércio, a economia criativa, essencialmente, foca no potencial individual ou coletivo para produzir bens e serviços criativos. De acordo com as Nações Unidas, as atividades do setor estão baseadas no conhecimento e produzem bens tangíveis e intangíveis, intelectuais e artísticos, com conteúdo criativo e valor econômico (O QUE É ECONOMIA CRIATIVA, 2016).

De acordo com Winnicott (1975) a primeira e principal característica da forma de produção das indústrias criativas é a criatividade. Ela pode ser definida como a expressão do potencial humano de realização, o qual se manifesta mediante a geração de produtos ou prestação de serviços, ou seja, a capacidade que o indivíduo detém para manipular objetos do mundo externo, aplicando seus recursos ou pressupostos pessoais, tais como ideais, fantasias, desejos. Hesmondhalgh (2002) explica que a criatividade pode ser entendida como a capacidade que alguns indivíduos ou grupos detêm, possibilitando-os de manipular símbolos e significados e com isso gerar algo novo ou inovador para a época. A característica da criatividade sempre esteve presente nos empreendimentos humanos, entretanto suas formas de institucionalizações foram variando ao longo dos anos (BOURDIEU, 2002; WILLIAMS, 1983). Assim sendo, em alguns momentos ela é institucionalizada como arte, já em outros como mercado.

Hartley (2005) esclarece bem que no âmbito das indústrias criativas, são os próprios indivíduos que criam e desenvolvem os produtos criativos, não existindo uma fórmula pronta para isto. Entretanto, cabe destacar que o valor de mercado, associado aos produtos criados ou a própria criatividade, se dá por meio de um quadro socioinstitucional. Dessa forma, esse processo complexo ocorre principalmente nas redes sociais, utilizando de diversos aparatos tecnológicos e empregando múltiplos recursos, como propaganda, produção, promoção e a distribuição (BECKER, 1982; JEFFCUTT e PRATT, 2002).

A segunda característica das indústrias criativas é a valorização da arte pelo seu próprio valor, fugindo da maximização de produção, constituindo um traço cultural relevante (CAVES, 2000). Enquanto nas indústrias tradicionais, a racionalidade, a funcionalidade e a instrumentalidade tendem a definir prioridades e alocação de recursos, nas indústrias criativas as concepções estéticas e artísticas têm forte influência sobre as escolhas e o direcionamento de recursos. Tal condição pode levar

a situações ambíguas e potencialmente conflitantes, uma vez que as organizações criativas lidam simultaneamente com instâncias artísticas e instâncias instrumentais (BLYTHE, 2001; BOURDIEU, 1993).

A terceira característica da forma de produção das indústrias criativas é o uso intensivo de novas tecnologias, sendo que esse fato permite a descentralização das atividades (HOWKINS, 2005). Esse processo subsidia um sistema no qual pequenas empresas ou pequenas comunidades de produtores utilizam tecnologias de informação e de comunicação para disseminar suas criações. Esse fenômeno faz com que as grandes organizações não tenham um domínio exercido por intermédio do controle dos meios de produção e de distribuição.

A variedade infinita é a primeira característica essencial dos produtos das indústrias criativas. De acordo com Caves (2000), não há limites para uma produção cultural na medida em que ela utiliza, em ordem de importância, insumos criativos e recursos técnicos. Por exemplo, uma mesma canção pode permitir diferentes interpretações, com diferentes estilos e arranjos. A diferenciação vertical é a segunda característica essencial dos produtos das indústrias criativas.

A perenidade é a terceira característica essencial dos produtos das indústrias criativas. Os produtos criativos frequentemente não são exauridos em seu consumo (CAVES, 2000). Tal propriedade implica que os benefícios criados por um produto criativo podem ser usufruídos durante um longo período de tempo. Implica ainda que tais benefícios devem ser gerenciados por regras específicas de direitos autorais. Por exemplo, direitos sobre músicas e livros podem beneficiar os autores e seus eventuais herdeiros por muitos anos.

Contudo as características e a complexidade, do fenômeno das indústrias criativas podem constituir um veio promissor, tanto para a pesquisa científica, quanto para preservação ambiental e desenvolvimento econômico. (BENDASSOLLI et al, 2009).

A INDÚSTRIA CRIATIVA VERDE E A ADAPTAÇÃO AMBIENTAL

O Direito, enquanto sistema social tem sido chamado para intermediar as relações sociais complexas da atualidade. Do gradativo incremento de direitos protegidos nos tratados internacionais e nas Constituições nacionais surgem diversas

demandas. Proporcionar as respostas adequadas e atualizadas para essas demandas torna-se um grande desafio. Nesse contexto, a formação jurídica deve cada vez mais estar conectada com as novas exigências sociais, culturais e econômicas.

A partir das necessidades que antes não existiam, como a tutela da inovação e da criatividade e do meio ambiente, novos ramos do direito tem se desenvolvido. Buscando conciliar esses diversos interesses, surge a necessidade de um aprofundamento no conhecimento da realidade e dos limites que as áreas de atuação humana apresentam. Sendo assim, deve-se objetivar aliar as atividades econômicas com a conservação dos recursos naturais, normatizando e garantindo o regramento pelo Direito.

A Economia Verde então consiste em um ato de desenvolvimento econômico ambientalmente adaptável, ou seja, através de varias abordagens como redução de gases poluentes, economia de matéria prima no processo produtivo, reciclagem, reutilização, etc., se almeja uma melhor gestão da renda financeira e ao mesmo tempo uma melhora na qualidade da vida de toda a sociedade.

Analisando a relação entre economia e meio ambiente pode-se, num primeiro momento afirmar que não há compatibilidade entre ambos. Mas, quando observamos a sob um ponto de vista inovador, torna-se possível vislumbrar uma real conciliação de interesses econômicos com ambientais. Reiterando-se que a designação de uma atividade econômica como “verde” impõe obrigatoriamente uma série de características e práticas que possam realmente fundamentar essa designação.

Outro conceito amplamente difundido e que é utilizado no mesmo sentido é a “sustentabilidade”, muito difundida como indicativo de conservação e utilização racional dos recursos naturais. Entretanto, há de se tomar cuidado com a equivalência entre a designação de “verde” e “sustentável”. Um conceito mais tradicional indica que o

[...] desenvolvimento sustentável implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustados numa correlação de valores onde o Máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico. Na tentativa de conciliar a limitação dos recursos naturais com o ilimitado crescimento econômico, são condições à consecução do desenvolvimento sustentável mudanças no estado da técnica e na organização social. (DERANI, 2001, p. 191-278)

A Adaptação Ambiental parte da ideia de que os desafios diários da vida no planeta foram marcados pela intervenção humana na busca pela sobrevivência. Ou seja, uma eterna busca da superação das dificuldades do clima, escassez e diversas outras variáveis. Como resultado dessas variáveis tem-se níveis diferentes de desenvolvimento das inúmeras culturas que existem ou já existiram no planeta. (WEYERMÜLLER, 2014).

O modelo de desenvolvimento atual e as crescentes demandas por recursos transformam em impraticável o conceito de sustentabilidade conciliado com modelo produtivo. Dessa forma, emerge a necessidade de se formular uma diretriz que conceba um novo olhar sobre a crescente complexidade do ambiente social. Um novo paradigma que se vislumbra é uma mudança no foco de ações, no sentido de possibilitar que determinadas necessidades da sociedade possam ser supridas sem provocar escassez futura de recursos e conflitos.

CONCLUSÃO

A Indústria Criativa e a inovação andam juntas e representam um caminho para o futuro. Um desafio cada vez mais evidente é de que maneira os empreendedores ou empresas lidam com os riscos, inerentes as suas atividades, transformando-os em oportunidades de negócios. Neste contexto, dentre as ditas indústrias criativas, as de software (programas e soluções lógicas) apresentam as melhores condições para a incorporação do termo “Verde” aplicando os princípios ambientais, devido aos aspectos de usabilidade, utilidade e velocidade no desenvolvimento de seus produtos.

Além disso, esse ramo valoriza mais o capital humano (criatividade) do que a quantidade de bens produzidos. A evolução da indústria criativa de software do Brasil representa valores expressivos para o mercado interno. Segundo a Associação Brasileira das Empresas de Software, em 2004, essa indústria obteve um faturamento de US\$ 1,74 bilhões, em 2005 de US\$ 2,72 bilhões e em 2006 alcançou a cifra de US\$ 3,26 bilhões, o que equivale a 1,3% do mercado mundial e 43% do mercado latino americano. Percebe-se que a incorporação dos princípios criativos e ambientais ao mesmo tempo vai desencadear uma mudança no modelo produtivo

industrial, tendo em vista que a maioria das empresas utiliza-se de softwares para produzir produtos em massa.

A Indústria Criativa Verde demonstra uma tentativa com condições reais de encaminhar problemas ligados à preservação ambiental e ao desenvolvimento econômico. O sistema do Direito é fundamental nesse processo, pois desde sempre a ciência jurídica é utilizada como mecanismo de controle social, assim como um mecanismo de fomento. Neste sentido, o direito deverá organizar os novos modelos de desenvolvimento produzindo regras ou princípios indutores.

Assim sendo, ressalta-se que o presente ensaio não se propõe a formular modelos de gestão detalhando-os ou sistematizando-os de forma aplicável aos empreendimentos inovadores e criativos. O que se pretendeu foi chamar a atenção para duas premissas básicas que se entende ser fundamentais para a construção desses elementos de gestão, ou seja, a postura preventiva combinada com a capacidade adaptativa. Esses dois elementos são os pilares da gestão e sobre eles podem ser construídas as especificidades pertinentes a cada ramo de atividade dentre tantas que se caracterizam pela exploração da tecnologia, da inovação e da criatividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.
- BECKER, H. S. **Art Worlds**. Berkeley, CA: University of California Press, 1982.
- BENDASSOLLI, Pedro F. et al. Indústrias criativas: definição, limites e possibilidades. **RAE-revista de administração de empresas**. v. 49, n. 1, p. 10-18, 2009. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rae/v49n1/v49n1a03.pdf> >. Acesso em: Mar. 2017.
- BIELBY, W. T; BIELBY, D. D. Organizational mediation of project-balabor markets: talent agencies and the careers of screenwriters. **Ameri Sociological Review**. v. 64, n. 1, p. 64-85, 1999.

BLYTHE, Mark. The work of art in the age of digital reproduction: the sign cance of the creative industries. **JADE**. v. 20, n. 2, p. 144-150, 2001. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-5949.00261/abstract>>. Acesso em: 08 mar. 2017.

BOURDIEU, P. **As regras da arte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **The Field of Cultural Production**. New York: Columbia University Press, 1993.

CALGARO, Cleide; SANTOS, Sandrine; GARDELIN, Lucas Dagostini. A democracia, o desenvolvimento e a busca do equilíbrio entre o ser humano e o meio ambiente: breve comparativo da constituição do equador de 2008 e da constituição do brasil de 1988. **Revista Jurídica**. v. 2, n. 43, p. 142-158. Curitiba, 2017. p.150. Disponveil em: < <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1825/1200> >. Acesso em 16 mar. 2017.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**. São Paulo: Cultrix, 2004.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Asilo Político e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Creative Economy report 2013. Unesco. Disponível em: <http://www.unesco.org/culture/pdf/creative-economy-report-2013.pdf>. Acesso em 23 jun. 2017.

CAVES, R. **Creative Industries**. Harvard: Harvard University Press, 2000.

DA COSTA GONÇALVES, Cláudia Maria. PEREIRA, Jean Carlos Nunes. DE JESUS, Thiago Allisson Cardoso. A DUALIDADE HOMEM E NATUREZA: uma análise contextualmente situada em ambiência de riscos e incertezas. **Revista Políticas Públicas**, v. 20, p. 405-414, 2017. Disponível em: < <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/5992/3637>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de Risco e responsabilidade ambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: Editora Senac, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GARCIA, Rogério Maia. A sociedade do risco e a (in) eficiência do direito penal na era da globalização. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 5, n. 17, p. 77-104, jan-mar, 2005. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_da_costa_santana.pdf >. Acesso em: 18 mar 2017.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. O que a globalização está fazendo de nós. 2. ed. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2002.

GOMES, Fernando Soares. BRAGA, Fernando Ursine. SANTANA, Bruno Borges. A Questão dos Refugiados no Brasil: Uma Breve Análise Geopolítica, Legal e Conjuntural. **Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena**, v. 21, n. 2, p. 03-17, 2017. Disponível em: < <https://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/view/422/380> >. Acesso em: 16 mar. 2017.

GOMES, Magno Federici; DE MESQUITA, Leonardo Paiva. Sociedade de risco, sustentabilidade para gestão e princípio da precaução. **Revista do Direito**, v. 3, n. 50, p. 16-33, 2017. Disponível em: < <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7863/5584>>. Acesso em: 15 mar. 2017.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa; PEREIRA, Jean Carlos Nunes; JESUS, Thiago Allison Cardoso. Dualidade Homem e Natureza: uma análise contextualmente situada ambiência de riscos e incertezas. **Revista de Políticas Públicas**. v. 20. Número especial. p. 405-414, Novembro, 2016. Disponível em: < <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/view/5992/3637>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

GUERRA, Sidney. A crise ambiental na sociedade de risco. **Lex Humana**. Petrópolis, v. 1, n. 2, p. 177-214, 2009. Disponível em: < <http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=27&path%5B%5D=26> >. Acesso em: 07 mar. 2017.

GUERRA, Sidney. **Direito internacional ambiental**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

HARTLEY, J. **Creative Industries**. London: Blackwell, 2005.

HESMONDHALGH, D. **The cultural industries**. London: Sage, 2002.

HIRSCH, P. M. Processing fads and fashions: an organization-set analysis of cultural industry systems. In: GRANOVETTER, M. e SWEDBERG, R. (Ed). **The Sociology of Economic Life**. Boulder: Westview Press, 2001. p. 287-304.

HOWKINS, John. **Economia Criativa: Como ganhar dinheiro com ideias criativas**. São Paulo: M.Books do Brasil, 2013.

JEAN, François. The plight of the world's refugees: at the crossroads of protection. In: Médecins sans frontières/doctors without borders. **World in Crisis: Populations in Danger at the End of the 20th Century**. Londres: Routledge. p. 42 -57, 1997.

JEFFCUTT, P; PRATT, A. C. Managing creativity in the cultural industries. **Creativity & Innovation Management**. v. 11, n. 4, p. 225-233, 2002. Disponível em: < <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-8691.00254/full>>. Acesso em 15 mar. 2017.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MONTE, Mario Ferreira. O futuro tem Direito Penal? Tem futuro o Direito Penal? In FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, Sociedade de Risco e o futuro do Direito Penal** – panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

MORIN, Edgar. **O problema epistemológico da complexidade**. 3. ed. Lisboa: Europa América, 2002.

_____. **Os sete saberes à educação do futuro**. Tradução: Catarina Eleonora F. da

O que é economia criativa. Disponível em: < <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/o-que-e-economiacriativa,3fbb5edae79e6410VgnVCM2000003c74010aRCRD>>. Acesso em 12 mar.2017.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIAS, José Eduardo (org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2006.

SACHS, Ignacy. **Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir**. Tradução. Eneida Cidade Araújo. São Paulo: Vértice, 1986.

SANDERSON, Matthew R. Globalization and the environment: implications for human migration. **Human Ecology Review**. v. 16, n. 1, p. 93-102, 2009. Disponível em: < <http://apjh.mobile.humanecologyreview.org/pastissues/her161/sanderson.pdf> >. Acesso em 15 mar. 2017.

SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. RODRIGUES, Dulcilene Aparecida. Da sociedade do risco à deflagração do fenômeno dos refugiados do clima: a exclusão da tutela jurídica como uma questão de racismo ambiental. **Revista Videre**. Dourados, MS, v. 8, n. 16, p. 45-60, 2016. Disponível em: < <http://ojs.ufgd.edu.br/ojs/index.php/videre/article/view/3890/pdf> >. Acesso em: 17 mar 2017.

VIOLA, Eduardo J. LEIS, Hector R. WARREN, Ilse Scherer, *et al.* **Meio Ambiente, Desenvolvimento e Cidadania**: desafios para as Ciências Sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

WEIGEL, Peter. **Educação para que ambiente?** Desafios Teóricos para a educação ambiental na Amazônia. Manaus: Editora INPA, 2009.

WEYERMÜLLER, André Rafael. Água e Adaptação Ambiental: O pagamento pelo seu como instrumento econômico e jurídico de proteção. Curitiba: Juruá, 2014.

WILLIAMS, R. **Keywords**. London: Fontana Paperbacks, 1983.

WINNICOTT, D. W. **O brincar e a realidade**. Porto Alegre: Artmed, 1975.

GT3

13

PROTEÇÃO DE DADOS E PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE DO SISTEMA DE ERP NO CASO DA ODEBRECHT

*Thais Dagostini Santin*²²⁹

*Vinícius Borges Fortes*²³⁰

Resumo: As grandes empresas concentram o poder econômico e ditam as regras do mercado, facilitando a prática de atos corruptivos. A construtora Odebrecht inovou ao utilizar a tecnologia para o cometimento de atos ilícitos. O antigo sistema de ERP da empresa vinha sendo utilizado no gerenciamento do pagamento de propinas e contabilidade paralela. Diante desse cenário, questiona-se como o uso de sistemas de ERP podem auxiliar na prática de crimes de corrupção. Procura-se analisar o instituto da *criminal compliance*, bem como os sistemas de *Enterprise Resource Planning*. Finalmente, busca-se demonstrar quais práticas corruptivas os sistemas de ERP propiciam. O método utilizado foi o hipotético dedutivo.

Palavras-chave: *Criminal Compliance*; ERP; *My Web Day*; criptografia; corrupção.

229 Advogada, Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional (IMED). E-mail: sthaissantin@gmail.com.

230 Doutor em Direito pela UNESA/RJ, linha de pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos”, Mestre em Direito pela UCS/RS. Advogado com experiência nas áreas Direito e Novas Tecnologias, Direito do Trabalho e Direito Empresarial. Professor da IMED - Faculdade Meridional nas Escolas de Direito e Sistemas de Informação. E-mail: viniciusfortes@imed.edu.br

INTRODUÇÃO

Os sistemas de ERP (*Enterprise Resource Planning*) são ferramentas que auxiliam na gestão de empresas. Trata-se de um *software* que gerencia várias atividades empresárias, por meio da organização e compartilhamento de informações. Permite que as empresas armazenem e centralizem em um único sistema inúmeros dados, que vão desde processos operacionais até o gerenciamento da empresa, facilitando e tornando mais rápida e ágil a análise dessas informações.

O uso de sistemas ERP traz inúmeras vantagens para as empresas, ao permitir a integração e comunicação entre setores, auxilia na tomada de decisão dos gestores, que terão acesso a um banco de dados organizado e confiável. Esse sistema tornou-se conhecido na década de 90, quando grandes empresas passaram a implementá-lo. Tendo em vista a relevância das informações que se encontram disponíveis nessa base de dados, torna-se necessário meios de garantir a segurança das informações e impedir o acesso não autorizado, a criptografia surge como uma solução a esse problema.

Contudo, algumas empresas podem valer-se desse sistema para cometer crimes de fraude contra o fisco e corrupção, como é o caso da empresa brasileira Odebrecht. A construtora, implementou no início dos anos 90 um sistema de ERP denominado *My Web Day*, que foi substituído e supostamente desativado em 2012. No entanto, em uma investigação, a polícia federal descobriu que esse sistema foi adaptado e estava sendo utilizado no gerenciamento dos pagamentos de propinas. Diante disso, indaga-se como o uso de sistemas de ERP podem auxiliar prática de crimes de corrupção.

Para tanto, procura-se estudar brevemente o instituto do *criminal compliance*, bem como apresentar sistemas de *Enterprise Resource Planning*, e os benéficos que promovem as empresas. Para ao final demonstrar quais práticas corruptivas os sistemas de ERP propiciam. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, em fontes primárias e secundária.

CRIMINAL COMPLIANCE: BREVES APONTAMENTOS

O capitalismo promoveu a globalização, que se desenvolveu rapidamente, especialmente para fins econômicos, surge, assim, um novo mercado, pautando na tecnologia, no avanço industrial e na competição entre empresas, que se dá em nível global. A consolidação desse novo sistema promoveu grandes alterações sociais, políticas, culturais e no mercado.

As empresas precisaram se adaptar a essa nova realidade, para continuar a existirem e consolidarem-se, surgem as grandes corporações, que buscam dominar o mercado em que atuam. Uma das principais peculiaridades do capitalismo é a concorrência entre as empresas, independente do porte dessas, e a constante busca pelo lucro, que se tornou o maior objetivo das corporações e das pessoas. Esses fatores contribuem para o aumento da “cultura corruptiva”, que ocorre no setor privado e no público.

A globalização acarretou a concentração do poder econômico na mão de grandes complexos empresariais, aumentando a quantidade atos corruptivos praticados por empresários. Gerou, assim, a necessidade de respostas advindas do direito penal, que garantissem a persecução de empresários e instituições financeiras, bem como a promoção e medidas que visem a prevenção dessas atividades. A *criminal compliance* surge como um conjunto de atos, cujo principal objetivo é prevenir a prática de crimes por corporações, fazendo uso de controles internos e medidas que evitam a responsabilização penal, com isso, diminui-se os riscos do *compliance* (SAAVEDRE, 2011), ou seja, os advindos da responsabilidade empresarial, originada do descumprimento de normas legais.

A fim de diminuir as práticas corruptivas por empresas, e estabelecer uma ética econômica no mercado, surge a política do *compliance*, por meio de uma série de programas que vem sendo desenvolvidos por organizações internacionais, empresas e pelos governos. Com isso, pretende-se transformar o mercado, para que seja mais colaborativo, ético e transparente, promovendo um desenvolvimento econômico mais sustentável e responsável.

O *criminal compliance* possui como objetivo a prevenção do cometimento de crimes cometidos pelas empresas ou que as beneficiem, como crimes de corrupção. A incorporação da prática do *compliance*, por meio de política públicas, resulta

significativos avanços às políticas criminais nacionais, uma vez que aquela busca incentivar os benefícios da atividade econômica, ao invés da ameaça das sanções do direito penal. Logo, trata-se de uma medida que busca incentivar a conduta moral e ética das empresas, por meio da estruturação de uma nova relação entre as atividades econômicas corporativas e o direito penal (CASTRO; ANTONIETTO, 2014).

Na atual sociedade, o mercado e o sistema econômico possuem grande relevância, portanto, é necessários mecanismos que possam regulá-los, imponde-lhes condutas adequadas e que observem a ética, sustentabilidade e que evitem as práticas corruptivas, a cultura do *compliance* ganha, assim, cada vez mais espaço (BERTONI; CARVALHO, 2013). Para Manzi (2008, p. 15), o termo *compliance* refere-se ao “ato de cumprir, de estar em conformidade e executar regulamentos internos e externos, impostos às atividades da instituição, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e ao regulatório/legal”.

Pode ser visto como uma ferramenta que auxilia as empresas a nortearem suas condutas e negócios, resguardando sua reputação e preservando os interesses de seus clientes (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012), com isso, seu empreendimento consolida-se no mercado. *Compliance*, portanto, trata-se do cumprimento de normas relativas as condutas da empresa no mercado, evitando a prática de atos ilícitos, assim, essa figura aplica-se nas políticas internas dos empreendimentos, instituindo um manual de conduta, que deve levar em conta uma série de requisitos específicos.

A estruturação de programas de *compliance* deve considerar o tipo e tamanho de empresa, a história e trajetória dessa, seus objetivos, seus valores e missão, sua área de atuação, os locais em que opera, ou seja, deve estar em conformidade com a realidade do empreendimento. Caso contrário é provável que esses programas venham a ser inócuos e ineficientes, ademais é necessário observar o tempo necessário para sua implementação no negócio, para que se possa adequá-la aos mecanismos regulatórios (RIBEIRO; DINIZ, 2015).

Referidos programas são responsáveis pela adoção de medidas de controle interno e externo e canais de comunicação, estabelecendo as políticas de prevenção de práticas empresarias corruptivas, que determinarão os preceitos da governança regulatória (SAAD-DINIZ, 2014). Com isso, tem-se um novo padrão de conduta empresarial, pautada na ética e na moral, formando um mercado mais cooperativo e

transparente. Inicialmente deve-se reconhecer e estabelecer regras específicas a serem aplicadas a certas atividades, assim como, a identificação de campos e situações sensíveis, ou seja, aquelas que merecem maior atenção durante o programa, tendo em vista o risco inerente a suas atividades e a complexidade do negócio (COSTA; ARAÚJO, 2014).

A implementação dos programas de *compliance* possui três fases distintas, quais sejam, a adoção, a implementação e a certificação. Após definir-se as áreas de atuação e as diretrizes dos programas, entra-se na fase de implementação, que requer a identificação dos valores e finalidades a serem adotados nos códigos de condutas das empresas, além da apresentação pormenorizada dos riscos intrínsecos da atividade corporativa. Deve-se, ainda, conceber um Departamento Especializado de *Compliance*, que será de responsabilidade do *compliance officer*, onde serão criados sistemas de inteligência e segurança da informação, além da construção e manutenção de estruturas que promovem o treinamento e a consultoria especializado, efetivando o programa (SAAD-DINIZ, 2014).

O *compliance officer* fica encarregado das regras para imputação das sanções, do assessoramento, da avaliação dos riscos, da advertência, da vigilância, e da investigação das possíveis atividades ilícita praticadas dentro da empresa e por ela, e, portanto, contrarias as diretrizes estipuladas pelos programas (CASTRO; ANTONIETTO, 2014). Diante disso, esse departamento deve ser autônomo e desvinculado do setor jurídico, devendo possuir a gerencia de suas atividades, sem estar subordinado a hierarquia empresarial. Trata-se de um setor paralelo, que norteia a conduta de todos os membros da empresa, desde os empregados até seus dirigentes, buscando elevar os padrões éticos e morais da corporação (BERTONI; CARVALHO, 2013).

A implementação e aplicação desses programas geram custos as empresas, que devem ser observados, no entanto, diante dos benefícios que proporcionam esses custos revertem-se em favor do empreendimento. Esses programas possuem o condão de melhorar a imagem e a reputação da empresa, colocando-a em uma posição mais consolidada no mercado. O *compliance* está intimamente ligado a esses, que vem buscando concretizar uma nova conduta, por meio da autoconscientização de seus atores.

Conforme já mencionado, possui finalidade preventiva, ou seja, busca evitar que o ilícito ocorra, por meio do estabelecimento de uma série de condutas, que irão provocar uma diminuição nos riscos da atividade empresarial. Denota-se que

os mecanismos de prevenção, inseridos pelo *compliance*, vem retirando o papel do Estado de responder aos crimes econômicos, já que essa cultura institui a autorregulação do mercado pelos códigos de conduta empresariais, que integram métodos de administração do negócio com mandamentos legais estatais (SAAD-DINIZ, 2014).

Entende Saad-Diniz (2014, p. 117), que o *compliance* “ [...] foi reclamar do direito penal reforço para a gestão de deveres, incorporando-o como uma estrutura de governança”. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro deve criar seu próprio modelo de *compliance*, levando em consideração o cenário empresarial, político e jurídico do país, a fim de garantir a efetividade desse instituto e evitar a punição indevida de empregados ou empresários.

O Brasil, em virtude de compromisso internacionais assumidos ao combate a corrupção instituiu a Lei n. 12.846 de 2013, que ingressou em seu ordenamento em fevereiro de 2014, com sua entrada em vigor. Também conhecida como a Lei anticorrupção, “dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira” (BRASIL, 2013). Incentivando condutas que inibem a prática corruptiva, bem como a implementação dos programas de *compliance*.

Traz em seu bojo a responsabilização objetiva da empresa e subjetiva quanto a seus dirigentes e administradores. Busca suprir as lacunas legais existentes quanto a responsabilização de empreendimentos, elencando um extenso rol de condutas puníveis e as possíveis sanções administrativas e civis. Dispõe, ainda, que a implementação de programas de *compliance* e a efetiva aplicação do código de conduta pela empresa serão considerados na aplicação da sanção.

A concretização dos objetivos do *compliance* implicam na criação de um mercado que atende as condutas consideradas corretas e benéficas pela sociedade, por meio de medidas e atos de controle interno que estimulam a ética e moral. Desincentivando, assim, atos empresariais corruptivos ou ilegais. Sua prática vem sendo observada nas empresas brasileiras e incentivada pelo ordenamento jurídico, tendo em vistas os benefícios que oferece a administração pública e a sociedade.

Além disso, permitem um mercado mais colaborativo, onde as empresas terão mais chances de prosperar, para tanto é necessário que cumpram os programas de *compliance* e observem seus códigos de conduta. Uma boa estruturação e organização das atividades das corporações faz-se essencial para os negócios. A gerencia de

todas as informações relacionadas a empresa contribuem para que essa mantenha-se competitiva no mercado. A tecnologia auxilia significativamente na organização e gerenciamento dos empreendimentos.

ENTERPRISE RESOURCE PLANNING

O mundo dos negócios está cada vez mais complexo, tendo em vista a incorporação da tecnologia, especialmente a de informação e comunicação. A importância da informação na atual sociedade é evidente, influenciando todas as atividades humanas. As transformações nos processos econômicos e a globalização promoveram alterações significativas na organização das empresas, tornando-as mais produtivas e competitivas, tendo em vista que se trata de um mercado global. O fluxo de dados dos negócios é fundamental para o progresso e desenvolvimento dos empreendimentos.

O acesso a informações adequadas e seguras sobre as atividades internas empresariais, além de promover vantagens, é condição básica para a sobrevivência do negócio no atual cenário empresarial. O gerenciamento dos negócios depende do fluxo de dados disponíveis e acessíveis no momento da tomada de decisão pelos administradores, logo, faz-se necessário a organização dessas informações, a tecnologia torna-se peça-chave para isso. Os sistemas de gerenciamento de recursos, que funcionam com sistemas de informações eficazes e precisos, tornaram-se a ferramenta corporativa mais importante.

Os sistemas informacionais de Planejamento dos Recursos da Empresa (EPR²³¹) são essenciais às empresas, que pretendem prosperar nesse novo mercado, por possibilitar o acesso a informações confiáveis e organizadas. Esse *software* armazena todos os dados em um único local, facilitando o gerenciamento e interpretação desses, promovendo uma melhora na produtividade e gestão do empreendimento, trazendo, assim, benefícios e vantagens para a empresa.

Trata-se de uma ferramenta que auxilia na gestão de empresas, fornecendo informações seguras e precisas sobre seus processos internos, ao vincular as várias atividades dessa em uma única base de dados. Os ERP visam facilitar o comparti-

²³¹ Esse termo deriva da expressão em inglês Enterprise Resource Planning.

lhamento de informações da empresa, favorecendo o planejamento do empreendimento e colaborando com as tomadas de decisões pelos gestores (HILLSTROM, 2007).

Diante das vantagens que oferecem, os sistemas de *Enterprise Resource Planning*, atraíram os gestores de diversas empresas, especialmente ao resolver os problemas de integração comercial e as práticas operacionais. Desenvolvida e comercializada em pacotes de *software* que integram todas as informações do empreendimento, que anteriormente estavam distribuídos por setores, em um banco de dados. No entanto esse sistema possui grandes complexidades, podendo acarretar em dificuldades técnicas em sua implementação (DAVENPORT, 1998).

Os ERP foram desenvolvidos para o gerenciamento da empresa, sua arquitetura proporciona a integração dos vários módulos, que abrangem áreas funcionais do negócio, tais como recursos humanos, vendas e distribuição, marketing, setor financeiro, fabricação, planejamento, cadeia de abastecimento, contabilidade, estoque, projetos e produção, transporte, comércio eletrônico, entre outros. Tem-se, assim, uma interação entre todos os setores do processo interno da empresa, propiciando o fluxo de informações e dados em único sistema, facilitando o planejamento, controle do negócio e a tomada de decisão (RASHID; HOSSAIN; PATRICK, 2002).

Esses módulos podem funcionar como unidades autônomas, ou de modo combinado formando um sistema integrado, isso é, uma empresa pode optar por adotar a apenas o módulo de gestão de estoque, pois não precisa dos demais, ou possuem programas próprios que desempenham as demais funções. Tendo em vista as várias atividades empresariais, os ERP fornecem sistemas com um certo grau de individualidade, possui um pacote de *software* padrão, composto pelos módulos básicos e alguns módulos específicos que atendem as necessidades de determinadas empresas.

Evidente os potenciais usos desses *softwares*, tendo em vista sua promessa de integração entre todos os dados, processos e funções da empresa, apresentando uma visão holística do empreendimento, por meio da tecnologia. Por isso, seu crescimento permanece até a atualidade, e gradualmente foi implementada por todas as empresas, desde os grandes complexos empresariais, até os pequenos e micro negócios. Trata-se tanto de um produto, cujo maior objetivo é proporcionar uma solução para os problemas decorrentes da organização, planejamento e gestão do negócio,

adaptando-se as necessidades das empresas, independente do setor econômico em que atuam (KLAUS; ROSEMAN; GABLE, 2000).

Com as mudanças ocorridas no mercado e na economia, esse sistema precisou adaptar-se as novas demandas. Ao longo dos anos pode ser observado uma evolução desse, que passou a abranger outras funções, além das que desempenhava originalmente. Além disso, possibilitou-se sua integração com outros aplicativos, como o comércio eletrônico, transformando-se em uma importante ferramenta para esse tipo de transação.

O ERP pode ser configurada de acordo com as exigências e necessidades de cada usuário, pois trata-se de um pacote de *software*, integrado por módulos de áreas funcionais dos empreendimentos de vão desde os processos operacionais até o gerenciamento da empresa. Converteu-se em uma plataforma padrão para qualquer negócio, por isso, seus fornecedores têm criado novas versões dessa ferramenta, no entanto, nem sempre essas são compatíveis com as antigas, o que dificulta a transação (KUMAR; HILLEGERSBERG, 2000).

Adotados em praticamente todos os negócios, o ERP, está em constante evolução, a fim de fornecer uma ampla aplicação em todos os setores e atividades empresariais. Suas potencialidades revolucionaram o mercado, principalmente por permitir o planejamento e gerenciamento dos recursos, além de agilizar os processos internos, evidenciando os limites funcionais e técnicos do empreendimento, reduzindo os custos e a complexidade do processo, aumentando, assim, a competitividade do mercado e os lucros dos negócios (SHE; THURASINGHAM, 2007). Com o passar do tempo esses sistemas ganharam maior relevância, embora alguns tenham previsto seu crescimento e uso estagnaria nos anos 90.

A EVOLUÇÃO DO ERP

As origens dos sistemas de *Enterprise Resource Planning* remontam a criação dos pacotes de controle de inventário (IC) simples, que faziam a gestão automática dos estoques, utilizados a partir de 1960 (WORTMANN, 1998). Na década de 1970 surgem os sistemas de Planejamento de Requisitos de Material (MRP), cuja função era a gerencia e planejamento da produção, a fim de conceder um suporte

completo para seu ciclo, possibilitando um maior controle sobre essa, por meio do processamento de dados em massa.

No entanto, o processamento desses dados era limitado. Esse fato somado a necessidade de implementação de novas aplicações, que permitissem um suporte total do ciclo de planejamento e controle da produção, desencadeou a criação do sistema de Planejamento de Requisitos de Manufatura (MRPII), nos anos de 1980. Buscando otimizar o processo de fabricação incorporou novas funcionalidades, especialmente nas áreas mais técnicas (KLAUS; ROSEMAN; GABLE, 2000; SHE; THURASINGHAM, 2007).

Contudo, esses sistemas não ofereciam todas as integrações e funcionalidades necessárias para o desenvolvimento e gerenciamento das empresas no novo cenário econômico global, que adveio com a contemporaneidade (CHUNG; SNYDER, 2000). Em 1990, introduziu-se o conceito de *Enterprise Resource Planning*, que logo entrou em evidência no mundo dos negócios, integrando e ampliando os processos empresariais, solucionando, assim, a problema da falta de informações sobre inventários e previsões, bem como gerenciamento de recursos humanos, qualidade e logística (ROMERO; VERNADAT, 2016).

Atualmente o ERP possui funções que compreendem áreas industriais e não industriais, como gestão de fornecedores, vendas, compras, logística, marketing, transporte, clientes, incluindo processos interorganizacionais. Nesses sistemas, os bancos de dados interligados possuem papel central, assim, sua arquitetura foi projetada para possibilitar a integração de informações, para abranger a maior quantidade possível de dados entre as funções (KLAUS; ROSEMAN; GABLE, 2000).

Inicialmente sua implementação era dispendiosa e levava muito tempo, mas com a evolução da infraestrutura, proporcionada pela tecnologia, diminuiu-se o custo e o período de instalação e manutenção (SHE; THURASINGHAM, 2007). O Gartner Group, introduziu, em 2000, o conceito de ERP II, utilizando-o para designar as novas extensões desse *software*, caracterizando-se como “uma estratégia de aplicação e implementação para integração de todas as coisas centradas na empresa” (MØLLER, 2002, p. 02) *enterprise resource planning* (ERP).

Também ficou conhecido como ERP estendido ou eERP, oferecendo módulos habilitados para uso na internet, como comércio eletrônico, compras online, catálogo eletrônico, *E-Procurement*, *Business Intelligence* (BI), e outros, permitindo a troca de dados mais aberta e progressiva em conjunto com o desenvolvimento da

arquitetura de TI que possibilitou a interoperabilidade dos processos da empresa. Já tem-se falado na próxima geração desse sistema, ou seja, o ERP III, que irá integrar esses processos com as mídias sociais e as novas inteligências do mercado, ampliando a análise corporativa para as informações externas ao negócios, além da internas que já vem sendo analisadas (ROMERO; VERNADAT, 2016).

A internet e o Enterprise Resource Planning

A internet e as novas tecnologias influenciaram nos sistemas de informações das empresas, trouxeram novos desafios a seus projetos. A integração com dos *softwares* de ERP com a internet revolucionou o mesmo. Os clientes e os programadores perceberam a necessidade de incorporar a arquitetura aberta da internet em nos ERP, assim, seus módulos tornaram-se intercambiáveis e suas interfaces personalizadas aos usuários.

A popularização a internet, promoveu uma grande alteração na economia e no modo como as pessoas fazem negócios e compras. Esses passaram a ocorrer cada vez mais no ambiente virtual. Diante disso, os sistemas de *Enterprise Resource Planning* tornaram-se intimamente ligados à *web*, acarretando no aumento de sua proeminência. Pode-se afirmar que com a possibilidade de comunicação entre os ERP dos empreendimentos, por meio da troca de dados virtuais, esses se transformaram na nova ferramenta de comércio eletrônico entre as empresas (HILLSTROM, 2007).

Com isso tem-se a possibilidade de acessar os dados do negócio em qualquer lugar, permitindo a integração de novos módulos de negócios externos a empresa, além de melhorar a relação com o cliente, aumentando sua satisfação. Os impactos da internet nos sistemas de ERP redesenharam esses, a fim de possibilitar o uso remoto, bem como expandiu as oportunidades de *marketing* e vendas (RASHID; HOSSAIN; PATRICK, 2002) *Supply Chain Management* (SCM, afinal é possível encontrar propagandas em quaisquer sites e nas redes sociais, além disso, proporcionou a propaganda direcionada. Tem-se um *marketing* mais eficaz, que melhorou as vendas e, conseqüentemente, aumentou os lucros do negócio.

Ainda, a internet promoveu o advento dos ERP hospedados, isso é, alguns fornecedores disponibilizaram esses *softwares* na rede, implementando-os no ambiente virtual, assim não é necessário que a empresa compre o *software*, ela pode simplesmente acessá-lo, uma vez que esse reside no computador *host* do fornecedor

(HILLSTROM, 2007). Com isso, tem-se uma redução dos custos, alias a *web* foi uma das principais reesposáveis pela redução dos custos e pela maior facilidade de integração desses sistemas.

Denota-se que a rede impactou no desenvolvimento técnico dos ERP, proporcionando uma arquitetura aberta e orientada, que se tornaram fatores essenciais para a popularização e eficiência desses sistemas. Assim, *Enterprise Resource Planning* fornecem funções mais aprimoradas, ao cominar a os processos empresarias com a tecnologia, especialmente com a internet, permitindo um banco de dados centralizado e distribuído, que pode ser acessado em qualquer lugar, através de dispositivos móveis.

MY WEB DAY: O ERP DA CORRUPÇÃO

A operação Lava Jato, considera a maior operação de combate a corrupção no país. Em suas investigações descobriu e revelou inúmeros esquema de lavagem e desvio de dinheiro público praticados por grandes empresários e políticos brasileiros. A extensão e as consequências dessas práticas corruptivas não possuem precedente no Brasil. A sociedade, como um todo, é maior prejudicada com esses esquemas, padecendo com recursos escassos, enquanto, uma significativa parcela dos recursos públicos são desviados.

Práticas corruptivas são encontradas em todas as sociedades, em maior ou menor escala, e trazem consigo grande danos a população. Os atos de lavagem e desvio de dinheiro público envolvendo empresas privadas e o governo geram uma crise política e econômica no país, que perdem suas credibilidades no cenário internacional. Gera-se, assim, graves consequências a economia e ao mercado nacional, que perde investidores estrangeiros, tendo em vista, que se torna um risco investir no país.

Para diminuir essas práticas corruptivas os governos e os mercados mundiais vêm investindo na cultura do *compliance*, que incentiva a transparência e a colaboração no mercado, por meio de um conjunto de medidas que são implementadas nas empresas. Tais mediadas irão nortear as ações e negócios da empresa, com a finalidade de prevenir esquemas de desvio e lavagem de dinheiro. Assim, trata-se de uma política interna das empresas, que após implementada resguarda sua reputação e

imagem no mercado interno e externo, promovendo benefícios a essas, ao mercado e, principalmente a sociedade.

Conforme já mencionado o Brasil implementou em seu ordenamento jurídico a lei anticorrupção, que incentiva a prática do *compliance* e prevê sanções civil e administravas à empresas que pratiquem atos corruptivos, tendo em vista os constantes escândalos envolvendo essas e as autoridades públicas brasileiras, descobertos pela Lava Jato, e os compromissos assumidos internacionalmente. Grandes corporações brasileiras são constantemente vinculadas a esquemas de desvio e lavagem de dinheiro, como a Odebrecht, que recentemente descobriu-se que possuía plataformas digitais para gerenciamento de propinas.

O uso da tecnologia na propina da Odebrecht

Na operação denomina Xepa, ocorrida no dia 22 de março de 2016, a Polícia Federal, descobriu uma infraestrutura tecnológica de gerenciamento de propina, utilizada pela empresa brasileira Odebrecht. Esse sistema de tecnologia da informação foi adaptado de um antigo *software*, desenvolvido internamente, que auxiliava na gestão do empreendimento, por meio da integração das informações de toda a organização corporativa, e agora passou a atuar na contabilidade paralela da empresa (RENNER, 2016).

Revela-se, assim, um esquema de pagamento de propinas que ultrapassa, e muito, os tradicionais modelos. A tecnologia da informação e análise de dados foi empregada para a criação de um sistema de práticas corruptivas. O *software*, que deveria auxiliar na gestão dos dados da empresa, integrando todos os setores permitindo a comunicação entre eles, centralizando informações e auxiliando na tomada de decisões, por meio de um banco de dados confiável e organizado, tem sua função completamente deturpada.

A construtora Odebrecht, implementou no início dos anos 90 um sistema de *Enterprise Resource Planning* denominado *My Web Day*. Esse sistema tinha sido desenvolvido pela própria construtora, mas apresentava falhas em seu funcionamento e não possui alguns recursos essenciais, logo, seria descontinuado. Em 2008 iniciou-se o Projeto O2, que promoveu a substituição gradativa desse *software*, pelo *Peoplesoft*, tecnologia desenvolvida em conjunto com a empresa americana Oracle,

que deveria ser complementado implementado na empresa até 2012, ano que *My Web Day* seria desativado (RENNER, 2016).

No entanto, a partir de 2006, esse sistema foi aperfeiçoado, adaptado e transformado em plataforma digital, hospedada em Genebra, na Suíça. Esse sistema foi definitivamente desligado no início de 2015, tendo em vista as operações da Lava Jato e a prisão do gestor e herdeiro da empresa, Marcelo Odebrecht (MATRIZ, 2017). Verifica-se, assim, que tal software foi adaptado do antigo *software* de ERP da construtora e aperfeiçoado, inclusive integrado com a internet, onde passou a ser acessado remotamente.

Apenas os funcionários do Setor de Operações Estruturais, também chamado de Setor de Propinas, pela mídia, pois esse era responsável pela organização e esquematização do pagamento de propinas, tinham acesso a essa plataforma digital (MATRIZ, 2017). Durante a investigação foi encontrado um manual de funcionamento do *software* e da plataforma digital do *My Web Day*.

Sistemas ERP e segurança dos dados: sua utilização na prática de atos ilícitos por empresas

Os bancos de dados integrados, isso é, aqueles que é compartilhado por todos os setores das corporações, possuem todas as informações dessas, são fundamentais para os sistemas empresariais. Permitem que os gestores tomem decisões baseadas em informações seguras e precisas sobre o negócio, além de garantir um maior controle e interação entre as atividades da empresa, impactando positivamente na gestão empresarial.

Essas bases de dados possuem uma extensa quantidade de informações que dão suporte aos sistemas de *Enterprise Resource Planning*, permitindo que esses auxiliem na gestão do empreendimento, ao facilitar e tornar mais rápida e ágil a análise dos dados. Tendo em vista a relevância das informações que se encontram disponíveis na base de dados dos ERP, torna-se necessário um alto nível de segurança dessas, a fim de evitar o acesso de terceiros não autorizados, especialmente quando são integrados a internet.

Os sistemas de ERP, concentra-se especialmente nos processos de transações, fornecendo um extenso banco de dados, que possibilita as decisões de gestão, o gerenciamento em cadeia de suprimentos, a mineração de dados e os sistemas de in-

formação executiva. Promove, ainda, a integração de interorganização externas, por meio de uma arquitetura cada vez mais aberta (KUMAR; HILLEGERSBERG, 2000). A segurança desses sistemas é fundamental diante da importância que a informação detém na sociedade e dos dados que ali se encontram.

É possível encontrar problemas de segurança em todos as camadas desses sistemas. Sua arquitetura é desenvolvida em três camadas, de rede, de apresentação, referente a interface gráfica do usuário ou navegador e de aplicação, que é composta pelas transações, interfaces internas e o banco de dados. Uma das maiores preocupações dos desenvolvedores de ERP é com a camada de aplicação, pois nessa pode-se proteger efetivamente as informações (SHE; THURASINGHAM, 2007).

Todos os sistemas adotam meios de segurança, que buscam inibir o acesso não autorizado ou a coleta de informações. Para garantir a segurança dos dados contidos nos *softwares* ou plataforma digital de ERP, utiliza-se, principalmente, a criptografia, que é implementada durante seu desenvolvimento. Garantir a inviolabilidade dos sistemas é o uns dos principais desafios enfrentados pela área de TI, é necessário aliar o modelo de segurança implementado com o compartilhamento de informações. Permitindo, que esse ocorra sem que hajam problemas técnicos ou incompatibilidades, no ambiente multi-organizacional ao qual o ERP é destinado (SHE; THURASINGHAM, 2007).

No entanto, tem-se o uso de ERP para o cometimento de fraudes contra o fisco ou pagamento de vantagens indevidas, como é o caso do sistema *My Web Day*, utilizado pela empresa Odebrecht. Os documentos apreendidos pela Polícia Federal, na operação Xepa, demonstram como esse sistema era utilizado na prática de atos corruptivos, especialmente no pagamento de propinas.

Esse *software*, que posteriormente foi transformado em plataforma digital era utilizado com o objetivo de ocultar dados e informações sigilosas sobre obras superfaturadas, promovendo o desvio de recursos públicos. Representando uma espécie de “ERP do Caixa2”, que realizava a contabilidade paralela da empresa, garantindo maior agilidade e segurança para o desempenho do setor responsável pelas propinas na construtora (FORTES, 2017).

Com esse sistema era possível realizar o gerenciamento minucioso de contratos da empresa, permitindo, inclusive, a identificação dos tipos de contratos, natureza do serviço, período de duração, entre outros (COUTINHO; BRANDT;

AFFONSO, 2016). O esquema de pagamento de propinas foi cuidadosamente estruturado, contendo regras específicas e rígidas, que deveriam ser obrigatoriamente observadas, inclusive estabelecendo prazos para prestação de contas e financeiras.

Para garantir o anonimato dos destinatários dos benefícios financeiros indevidos, era criado um codinome para esses. Assim, nem os usuários do sistema tinham conhecimento de quem eram os destinatários (MARIZ, 2017). Sendo os altos executivos da empresa responsáveis pela liberação do pagamento ilícito, conforme pode ser observado pelo manual sistema de ERP, apreendido pela polícia, há em todos os contratos três importantes requisitos: o tipo de obra, o responsável e o beneficiário, nesse caso seu codinome (RENNER, 2016).

Denota-se que o *My Web Day* era utilizado para a gestão da contabilidade paralela da empresa, armazenando os relatórios de gastos de seus executivos, obras relacionadas ao pagamento de vantagens indevidas (MARIZ 2017), bem como o balanço das contas paralelas da empresa. Ainda, ao analisar as telas e o manual não restam dúvidas quanto a função exercida por esse sistema no desvio e lavagem de dinheiro.

O antigo ERP da construtora, após sua adaptação, possuía campos destinados a preenchimento de informações como lançamento, obras, liquidações e saldos, reforçam a interpretação de que esse era utilizado para o gerenciamento do pagamento de valores ilícitos (RENNER, 2016). Assim, é a tecnologia de gerenciamento de recursos empresariais era utilizada para finalidade ilícitas, caracterizando um verdadeiro sistema de gestão de propina e contabilidade paralela, cujo finalidade era ocultar esses dados, em um sistema de acesso restrito e segurança redobrada por senhas e pela criptografia.

Enquanto boa parte das empresas valem-se de sistemas de ERP para a gestão de seus negócios, garantindo agilidade e segurança na tomada de decisões corporativas, e a comunicação entre os setores, promovendo um desempenho na administração dos recursos e do empreendimento. Outras, utilizam esses mesmos sistemas para a prática de atos corruptivos, valendo-se dos benefícios que essa tecnologia proporciona como um meio de aumentar o controle sobre a gestão desses atos ilícitos.

Promovendo, assim, uma revolução nos atuais modelos de pagamento de vantagens indevidas, levando-os a um outro nível, cujo vantagem encontra-se na agilidades e funcionalidade desses modelos, bem como na dificuldade de descoberta

dessas práticas. O uso do ERP *My Web Day*, para a contabilidade paralela da empresa e o gerenciamento das propinas, garantiu segurança ao empreendimento corruptivo, propiciando meios de análise dos dados dos contratos supervalorizados. A criptografia do sistema também auxílio nessa empreitada, e, a fim de garantir maior sigilo desses dados, foram adotados senhas e codinomes, dificultando a descoberta desse novo modelo corruptivo.

CONCLUSÃO

A corrupção esta enraizada na sociedade brasileira, que se depara diariamente com notícias de lavagem e desvio de recursos públicos, envolvendo autoridades governamentais, empresas privadas e órgão públicos. Os atos de lavagem e desvio de dinheiro público envolvendo empresas privadas e o governo geram uma crise política e econômica no país, que perdem suas credibilidades no cenário internacional, além de investimento estrangeiros.

Para fazer frente a isso, o governo implementou a lei anticorrupção que incentiva a implementação dos programas de *compliance* e de condutas que inibem a prática corruptiva, incentivando transparência e a colaboração no mercado. A *criminal compliance* é um conjunto de atos implementados nas empresas, cujo principal objetivo é prevenir a prática de crimes por corporações, fazendo uso de controles internos e medidas que evitam a responsabilização penal.

Para tanto, a política da *compliance*, busca a promoção de condutas morais e éticas das empresas no mercado, podendo ser visto como uma ferramenta que norteia as ações e negócios corporativos, resguardando a reputação e imagem do empreendimento. Diante das constantes notícias de lavagem e desvio de recursos públicos, esse instituto ganha cada vez mais espaço e importância para a sociedade brasileira.

Grandes complexos empresariais brasileiros estão diariamente nas mídias do país, vinculados a notícias de atos corruptivos praticados por eles. A empresa Odebrecht, umas das maiores corporações envolvidas em investigação da Lava Jato, utilizava o antigo sistema de ERP, que foi adaptado, aperfeiçoado e integrado com

a internet, para o gerenciamento da contabilidade paralela da empresa e do pagamento de propina.

Revela-se, assim, um esquema de pagamento de propinas que ultrapassa, e muito, os tradicionais modelos. A tecnologia da informação e análise de dados foi empregada para a criação de um sistema de práticas corruptivas. O *software*, que deveria auxiliar na gestão dos dados da empresa, integrando todos os setores permitindo a comunicação entre eles, centralizando informações e auxiliando na tomada de decisões, por meio de um banco de dados confiável e organizado, tem sua função completamente deturpada.

Revela-se, assim, um esquema de pagamento de propinas que ultrapassa, e muito, os tradicionais modelos. A tecnologia da informação e análise de dados foi empregada para a criação de um sistema de práticas corruptivas. O My Web Day, deveria auxiliar na gestão dos dados da empresa, possibilitava o gerenciamento minucioso de contratos superfaturados e a organização de uma estrutura de pagamento de vantagens indevidas. Denota-se que houve uma deturpação da finalidade do ERP.

Tendo em vista, que centraliza e integra todos os dados, processos e funções da empresa em uma única base de dados, a segurança desse sistema é fundamental. Todos os sistemas adotam meios de segurança, que buscam inibir o acesso não autorizado ou a coleta de informações. Para garantir a segurança dos dados contidos nos *softwares* ou plataforma digital de ERP, utiliza-se, principalmente, a criptografia.

No entanto, esse mesmo modelo de segurança pode dificultar a descoberta dessas práticas, consequentemente garante maior segurança as pessoas que foram indevidamente beneficiadas por ela. Dessa forma, é a tecnologia de gerenciamento de recursos empresariais era utilizada para finalidade ilícitas, caracterizando um verdadeiro sistema de gestão de propina, cujo finalidade era ocultar esses dados, em um sistema de acesso restrito e segurança redobrada por senhas e pela criptografia.

REFERÊNCIAS

BERTONI, F. F.; CARVALHO, D. Criminal Compliance e lavagem de dinheiro. **Edi-PUCRS**, 2013. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/08.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

CANDELORO, A. P. P; RIZZO, M. B. M. de; PINHO, V. **Compliance 360°** - Riscos, Estratégias, Conflitos e Vaidades No Mundo Corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012. ADDIN Mendeley Bibliography CSL_BIBLIOGRAPHYXCASTRO, R. G. DE; ANTONIETTO, C. M. C. CRIMINAL COMPLIANCE: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. In: **DIREITO E ECONOMIA I: XXIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI**. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

CHUNG, S. H.; SNYDER, C. A. ERP adoption: a technological evolution approach. **International Journal of Agile Management Systems**, v. 2, n. 1, p. 24–32, 2000.

COSTA, H. R. L da; ARAÚJO, M. P. C. Compliance e o julgamento da APn 470. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 106, p. 214-230, 2014.

COUTINHO, M.; BRANDT, R.; AFFONSO, J. My Web Day, o ‘manual de propina’ da Odebrecht. **Estadão**, 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/my-web-day-o-manual-da-propina-da-odebrecht/>>. Acesso em: 17 jul. 2017

DAVENPORT, T. H. Putting the Enterpirse into the Enterprise System. **Harvard Business Review**, n. July 1998, p. 1–12, 1998.

FORTES, V. B. Vinicius Borges Fortes: informação é poder. **Zero Hora**, 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniaio/noticia/2017/05/vinicius-borges-fortes-informacao-e-poder-9804080.html>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

HILLSTROM, K. **Enterprise Resource Planning (Erp)**. Detroit: Thomson Gale, , 2007. (Nota técnica).

KLAUS, H.; ROSEMANN, M.; GABLE, G. G. What is ERP? **Information Systems Frontiers**, v. 2, n. 2, p. 141–162, 2000.

KUMAR, K.; HILLEGERSBERG, J. VAN. ERP: Experiences and evolution. **Communications of the ACM**, v. 43, n. 4, p. 23–26, 2000.

MANZI, V. A. **Compliance no Brasil** – consolidação e perspectivas. São Paulo: Saint Paul, 2008.

MARIZ, R. Sistemas paralelos foram criados pela Odebrecht para operar propina. **O Globo**, 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/sistemas-paralelos-foram-criados-pela-odebrecht-para-operar-propina-21203712>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

MØLLER, C. ERP II - Next-generation Extended Enterprise Resource Planning. **Supply Chain Management An International Journal**, v. 18, p. 1–6, 2002.

RASHID, M.; HOSSAIN, L.; PATRICK, J. D. The evolution of ERP Systems: A historical perspective. **The Evolution of ERP Systems: A Historical Perspective**, p. 1–16, 2002.

RENNER M. Odebrecht tinha ERP da propina. **Baguete**, 2016. Disponível em: <https://www.baguete.com.br/noticias/22/03/2016/odebrecht-tinha-erp-da-propina>. Acesso em: 17 jul. 2017.

RIBEIRO, M. C. P.; DINIZ, P. D. F. Compliance e lei anticorrupção. **Revista de Informação Legislativa**, v. 52, n. 205, p. 87–105, 2015.

ROMERO, D.; VERNADAT, F. Enterprise information systems state of the art: Past, present and future trends. **Computers in Industry**, v. 79, n. 2015, p. 3–13, 2016.

SAAD-DINIZ, E. A criminalidade empresarial e a cultura de compliance. **Revista Eletrônica de Direito Penal**, v. 2, n. 2, p. 112–120, 2014.

SAAVEDRE, G. A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**, v. 18, n. 218, p. 11–12, 2011.

SHE, W.; THURASINGHAM, B. Security for Enterprise Resource Planning Systems. **Information Systems Security**, v. 16, n. 3, p. 152–163, 2007.

WORTMANN, J. C. Evolution of ERP Systems. **International Conference of the Manufacturing Value-Chain**, 1998.

14

O PROTAGONISMO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS NA SOCIEDADE INFORMACIONAL EM REDE

THE PROTAGONISM OF FEMINIST SOCIAL MOVEMENTS IN THE NETWORK INFORMAL SOCIETY

*Giulia Machado Vendrusculo*²³²

*Odete Maria de Oliveira*²³³

*Isadora Kauana Lazaretti*²³⁴

Resumo: O presente estudo tem como objetivo abordar o protagonismo dos movimentos sociais feministas na sociedade informacional em rede. A escolha desse tema e sua transformação em problema de pesquisa de investigação se justificam por se tratar de assunto contemporâneo, encontrando-se na pauta dos debates atuais. Versa-se de atores internacionais não estatais que exercem relevante papel, atuando em rede e de forma interligada no espaço virtual e real. A metodologia adotada na pesquisa tem por base a abordagem qualitativa. O estudo é realizado pela técnica

²³² Graduanda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ. Bolsista de Iniciação Científica voluntária. E-mail: giuliamachadomm@gmail.com.

²³³ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-doutora em Estudos Comunitários Europeus pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha. Professora titular do Núcleo Stricto Sensu da Unochapecó e professora titular de Relações Internacionais do curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. E-mail: odetedemaria@gmail.com.

²³⁴ Mestranda em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ. Bolsista na modalidade de apoio à produção científica financiada pela Unochapecó. E-mail: isadoralazaretti@unochapeco.edu.br

de pesquisa bibliográfica e o instrumento de pesquisa escolhido foi o documental, adotando-se o método dedutivo.

Palavras-chave: Movimentos Sociais Feministas. Atores Internacionais. Marcha Mundial das Mulheres. Sociedade em Rede. Globalização.

Abstract: This study aims to address the role of feminist social movements in the networked information society. The choice of this theme and its transformation into a research research problem are justified by the fact that it is a contemporary subject, and it is on the agenda of current debates. It is made up of international non-state actors who play a relevant role, acting in a network and interconnected in virtual and real space. The methodology adopted in the research is based on the qualitative approach. The study is performed by the bibliographic research technique and the chosen research instrument was the documentary, adopting the deductive method.

Keywords: Feminist Social Movements. International Actors. World March of Women. Network Society. Globalization.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo geral a tarefa de abordar o protagonismo dos movimentos sociais feministas na sociedade informacional em rede, buscando compreender a sua atuação no cenário global. A escolha desse tema e sua transformação em problema de pesquisa se justifica por se tratar de assunto contemporâneo, que enfrenta questões de investigações em curso na Academia brasileira, além de encontrar-se na pauta dos debates atuais junto as universidades.

As manifestações e inquietações voltadas à questão feministas deixaram de se tornar algo desconhecido e silenciado, uma vez que nos presentes dias se expandiram em nível mundial, ao atuar e se fortalecer em redes, impulsionadas pelos fluxos de informações e por conta dos crescentes e intensos avanços tecnológicos.

A partir da emergência do fenômeno da globalização, uma série de transformações marcou a sociedade internacional contemporânea, de modo que uma das variáveis dessas transformações pode ser apontada ao surgimento de uma multiplicidade dos atores não estatais, entre eles, dos movimentos sociais feministas, por exemplo, da importante Marcha Mundial das Mulheres.

A sociedade internacional, até então era caracterizada por um estado de estocentrismo. No entanto, esse cenário se transformou após os avanços tecnológicos nos meios da comunicação, telemática e informática e os resultados do processo da globalização, entre outros fatores, emergindo um novo modelo, conhecido por multicentrismo, marcado pelo surgimento de um conjunto de diferentes atores internacionais não estatais e que passaram a influenciar no poder de decisão dos Estados, surgindo uma nova sociedade.

A noção de rede se expressa na sociedade internacional de forma mais intensa por conta da globalização, que trouxe a percepção de que o tempo ficou mais curto e as distâncias ficaram menores. A comunicação virtual, realizada por meio da Internet, por exemplo, na qual a rede é utilizada, faz com o que o mundo esteja interligado em níveis virtuais, proporcionando cada vez mais o processamento de dados em larga escala e a citada comunicação instantânea.

A pesquisa abrange discussões teóricas, de forma que a metodologia adotada na realização dessa pesquisa tem por base a abordagem qualitativa. O estudo dos pressupostos teóricos é realizado pela técnica de pesquisa bibliográfica e o instrumento de pesquisa escolhido foi o documental, adotando-se o método dedutivo.

MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS COMO ATORES DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Um dos principais objetos de estudo do conhecimento das Relações Internacionais trata da noção de ator internacional. Esse conceito está inserido na problemática das relações internacionais e configura uma das bases estruturais desse campo epistemológico. Tipifica-se como um agente, cuja caracterização no contexto internacional constitui uma intensa e complexa discussão.

As classificações dos atores internacionais representam uma questão problematizada. Tal dificuldade é decorrente de “uma confusão entre a noção de ator e a

noção de papel cumprido; todos os atores potenciais não são forçosamente atores reais e todos os atores reais não cumprem necessariamente o mesmo papel” (MERLE, 1981, p.213).

Conforme a perspectiva clássica, foi estabelecida centralidade e privilégio para o Estado no cenário internacional, ou seja, tinha-se como certo que o ente estatal era a única entidade que se beneficiava da plenitude das competências outorgadas aos sujeitos de direito internacional. Além de ser a sede primordial de poder e potência, tanto sobre seus cidadãos quanto em relação a outros Estados (OLSSON, 2003, p.151).

Os atores internacionais agem de acordo com a dinâmica da sociedade internacional, sendo formada por um conjunto de agentes que “se influenciam e se relacionam mutuamente, inteirando-se em ações de cooperação ou conflito, formando conjuntamente um todo, um todo relacional singularizado” (OLIVEIRA, 2014, p.97).

O entendimento de ator internacional não se confunde com o de sujeito de direito, até porque, o primeiro não constitui sinônimo do segundo. Sendo assim, “ator é qualquer ente que estabeleça fluxos ou relações de nível internacional, sejam eles políticos, jurídicos, econômicos ou culturais” (OLSSON, 2003, p. 550).

A doutrina clássica das Relações Internacionais apresenta algumas classificações dos atores internacionais, atendo-se, por exemplo, a “questões de natureza territorial para atores estatais e nas funcionais para os não estatais, concentrando-se ainda no grau de importância”, isto é, “pautando-se naqueles operadores que denominam de privilegiados ou principais e nos de menor capacidade de atuação e força de decisão no cenário internacional”, além de considerar ainda o “grau de autonomia e coesão interna, com relação à estabilidade de vínculos existentes entre os membros do grupo de agentes” (OLIVEIRA, 2014, p. 98).

Tratando-se sobre a tipologia dos atores internacionais, é relevante destacar que Merle (1981, p. 213) considera a existência de três espécies distintas, quais sejam: “1º os Estados; 2º as Organizações internacionais ou, mais precisamente, as Organizações intergovernamentais (OIG); 3º as forças transnacionais que se subdividem elas próprias em dois grupos: as Organizações Não governamentais (ONG) e as firmas multinacionais”.

A tipologia de atores internacionais, partindo da percepção conformada por Oliveira (2014, p. 99), abrange três modalidades de agentes: a) atores tradicionais;

b) novos atores; c) atores emergentes. Em primeiro plano, os atores tradicionais são os Estados, bem como seus desmembramentos. Por outro lado, novos atores compreendem as organizações internacionais, organizações não governamentais e as empresas transnacionais. E, por fim, os atores emergentes são aqueles que atuam de variadas formas e exercem diferentes papéis, “abarcando múltiplos universos, representantes dos tempos contemporâneos, como os movimentos sociais e os globais, grupos privados e grupos sociais, indivíduos, governos não centrais, opinião pública, partidos políticos, associações religiosas [...]” (OLIVEIRA, 2014, p. 101-102).

Na concepção de Fernandes (1998, p. 33), “os Estados, organizações internacionais e as empresas multinacionais constituem as três variáveis da estrutura da comunidade internacional e são os principais centros autônomos de decisão e os agentes das relações internacionais”. O autor reconhece a multiplicação de “organismos de alcance internacional: associações, grupos de pressão (igrejas, sociedades de capitais, sindicatos), federações de partidos políticos transnacionais, que exercem uma grande influência na vida política das nações”.

Além da classificação binária entre atores estatais e não estatais, há uma nova subclassificação estudada por Oliveira (2015, p. 39), a qual qualifica os atores não estatais em “pacíficos” e “violentos”. Os atores não estatais pacíficos teriam como desenhos primordiais a paz, o humanismo, a cooperação, e, por tal razão seriam denominados luminosos. Por outro lado, os atores não estatais violentos seriam os obscuros, caracterizando-se pela agressão, conflito e destruição.

Baseando-se na perspectiva tradicional, as Relações Internacionais adotavam o Estado enquanto o único ator internacional reconhecido. No entanto, novos recortes passaram a ser notados e assim outros agentes de atuação permanente (organizações internacionais, organizações não governamentais e empresas transnacionais, começaram a desempenhar novos papéis e, conseqüentemente, ao lado dos clássicos entes estatais, surgindo nova realidade contemporânea.

Esse surgimento de novas tipologias proporcionaram uma repaginação às relações internacionais, alargando sua complexidade, estabelecendo uma polaridade incerta, bem como aumentando os vínculos da interdependência tendenciosamente à cooperação entre os demais atores da ordem internacional (BEDIN, 2001, p. 322).

Ao lado dos novos atores não estatais, perfílam os denominados atores emergentes, considerados fundamentais para a manutenção e ampliação dos fluxos globais, para a discussão dos temas comuns, e também para a formulação de regimes

internacionais. Com o passar do tempo, tornam-se indispensáveis ao funcionamento da sociedade contemporânea. Além disso, passam a ter grande relevância na redução de incertezas das interações relacionais e na constituição de referências para o comportamento dos agentes internacionais (BEDIN, 2001, p. 326).

Nesse sentido, sabe-se que os atores internacionais emergentes exercem funções bastante variadas, além de atuarem nos mais diversos espaços. Nessa categoria é que se situam os movimentos sociais feministas – temática central deste artigo – cujo estudo se faz necessário para compreender o protagonismo desses agentes na ordem internacional globalizada em rede.

No decorrer das décadas de 60 e 70 registrou-se o surgimento desses atores emergentes no cenário internacional, momento em que ocorreu a intensificação da participação popular nas relações internacionais pela movimentação de indivíduos e grupos, que buscando objetivos comuns, passaram a participar da política global sem vinculação com Estados ou organizações internacionais (OLIVEIRA, 2014, p.117).

A partir do período que a sociedade internacional contemporânea percebe as inusitadas transformações, novos agentes sociopolíticos e culturais emergem nesse cenário, como os movimentos sociais globais “anti ou alterglobalização, movimentos transnacionais, entidades civis modernas, fóruns, conselhos e câmaras de participação”, que surgiram especialmente por decorrência dos conflitos sociais que se internacionalizaram rapidamente (GOHN, 2013, p. 11).

Houve a intensificação do objeto de estudo que envolve os movimentos sociais com o rompimento de fronteiras decorrentes do acontecimento da globalização e, por consequência, do surgimento de novas tecnologias e do avanço nos meios de comunicação e transporte (IOKOI, 2007, p. 9).

Os movimentos sociais são considerados pelas Relações Internacionais atores não estatais emergentes. Considerados ainda como “fenômenos complexos e imprevisíveis” e que podem ser facilmente identificados a partir da mobilização solidária, manifestando-se nos espaços das associações e grupos coletivos, demonstrações públicas, greves, manifestações, encontros coletivos e negociações coletivas (MATTAR, 2013, p. 115).

Castells (2013, p. 20) observa que o início dos movimentos sociais encontra-se motivado na “injustiça fundamental” presente na sociedade, “implacavelmente confrontadas pelas aspirações humanas de justiça”. A exploração econômica, pobreza,

desigualdades sociais, fome, racismo, xenofobia, degradação do meio ambiente, por exemplos, serviram de fatores que contribuíram para a formação e o surgimento desses movimentos na sociedade civil.

Os movimentos sociais são concebidos como “fenômenos coletivos provenientes da sociedade civil, organizados e mobilizados para questionar, resistir, propor alternativas sistêmicas e de alteração do *status quo*”, e atuam na busca de superar as variadas formas de dominação que se fazem presentes na sociedade contemporânea (DE FAZIO, 2014, p.324).

As coletividades de indivíduos ocupam importantes e determinados papéis enquanto “operadores da ampla rede dos atores não estatais”. São visíveis em vários Estados, ao passo que se encontram interligados e comprometidos conjuntamente por um objetivo comum, não dependendo da vontade dos entes políticos, dessa forma conformando a sua atuação (OLIVEIRA, 2014, p. 109).

Por outro lado, além dos movimentos sociais, também gênero figura como um dos reconhecidos atores não estatais emergentes, participando da disciplina de Relações Internacionais após longa trajetória de lutas e gradativas conquistas. Essa questão pode ser entendida por meio de uma discussão transversal, sendo possível observar como as mulheres foram silenciadas e excluídas desse campo de conhecimento durante muitas décadas. (OLIVEIRA, 2014, p. 79).

A realidade contemporânea apresenta complexa rede de interações, interconectadas por uma multiplicidade de diferentes atores. Entre eles, com destacada atuação de influência, citam-se os Movimentos Sociais Feministas, ator internacional não estatal. (OLIVEIRA, 2014).

Primeiramente, assim compreendida a noção de ator internacional e analisada a temática dos Movimentos Sociais Feministas enquanto agentes internacionais na sociedade contemporânea, a atenção passa a ser dedicada ao estudo do universo desses movimentos, bem como da influência da rede informacional nesse âmbito.

Neste complexo contexto global já mencionado, presencia-se uma nova realidade social, na qual uma outra esfera de interações transnacionais passa a tornar o mundo mais interdependente. Nota-se, que atualmente os fluxos de capital, as empresas mundiais, os Movimentos Sociais Feministas e as noções como desigualdade social, cultura e direitos fundamentais ultrapassam continuamente as barreiras nacionais. Esse ultrapassar é evidenciado pela desterritorialização dos relacionamen-

tos político-sociais, enquanto o Estado apresenta-se permeável como referência, configura um ente estatal em declínio (OLIVEIRA, 2014, p. 265).

MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS E A MARCHA MUNDIAL DAS MULHERES

Em primeiro plano, é relevante destacar a noção de feminismo. O feminismo não pode ser confundido com o oposto de machismo, por mais que tal categoria sugira que seja interpretada dessa forma. A sua longa luta trata de combater o machismo, um sistema de dominação por parte do gênero masculino. Assim, o Movimento Social Feminista pode ser entendido como um compromisso de pôr fim à dominação patriarcal, segundo Castells (2013).

Os Movimentos Sociais Feministas são atores emergentes de natureza não estatal, inseridos no âmbito das Ciências Sociais. Esses movimentos buscam atuar de forma plena no âmbito da política e do cenário global. Sabe-se que sua luta é árdua, ultrapassando séculos de disputas em favor do reconhecimento da igualdade nas relações interpessoais, econômicas, políticas, culturais, entre outras (OLIVEIRA, 2015, p. 259).

Por outro lado, a questão de gênero passou a fazer parte da ciência de Relações Internacionais no final dos anos 80, tendo como marco o início do denominado Terceiro Debate e o surgimento de ideias decorrentes do período pós-positivista, ocorrendo destaque na vigência desse embate às discussões de feministas contra as guerras e a luta pela igualdade das mulheres (OLIVEIRA, 2014, p. 51).

A discussão de gênero recebeu maior destaque nas décadas de 70 e 80, junto aos âmbitos dos estudos de História, Antropologia, Ciência Política e Sociologia, enquanto que nas Relações Internacionais debatiam-se questões de interesse sobre o Estado, a segurança nacional e a estratégia nuclear, segundo Halliday (1999, p. 162).

Os avanços tecnológicos impulsionaram mudanças qualitativas na natureza da disciplina e a questão do estudo do poder deixou de ser o assunto primordial das pesquisas. O surgimento dos novos atores não governamentais e a influência de outras áreas do saber foram introduzidas dentro da disciplina do conhecimento das Relações Internacionais (STEANS, 1998, p.33).

Assim, o Terceiro Debate motivou inúmeros questionamentos relativos aos métodos de pesquisa de conhecimento da disciplina. Surgindo sérios questionamentos, por exemplo, indagando: Por que as mulheres não faziam parte dos chamados “tomadores de decisão” na alta política da sociedade contemporânea? (OLIVEIRA, 2014, p. 52).

Para responder a tais questionamentos, necessário se fazia desenvolver uma teoria com base metodológica própria. Então, autoras feministas objetivaram identificar as bases de gênero e que se encontravam escondidas na política internacional. Nessa elaboração teórica feminista, por exemplo, a classificação de Rosemary Tong, passou a dividir o pensamento feminista em várias categorias: a) o feminismo liberal; b) o feminismo marxista; c) o feminismo radical; d) o feminismo socialista; e) o feminismo psicanalítico; f) o feminismo existencial; g) o feminismo pós-moderno (OLIVEIRA, 2011, p. 53).

Por outro lado, outras feministas preferiram adotar as categorias introduzidas por Sandra Harding, a qual apresenta distinção prática entre as maneiras feministas de olhar a sociedade para examinar as relações internacionais, utilizando o empirismo feminista, a teoria do ponto de vista feminista e o pós-modernismo feminista (HARDING, 1986).

Nessa trajetória evolutiva, percebe-se que os movimentos feministas enquanto parte da inusitada gama de atores internacionais, passaram também a se estabelecer em redes e a ter sua transnacionalização intensificada e consolidada, sobretudo no início do século 21, momento que emerge como movimento emblemático a denominada Marcha Mundial das Mulheres (MMM).

Este novo ator surgiu no ano 2000, consistindo em um movimento feminista transnacional popular de base. Sua organização em rede ocorreu em escala mundial, local, nacional, regional e transnacional, utilizando as novas tecnologias pelos movimentos no século 21, tendo como base a realidade em que as reivindicações se voltam contra forças globais em um mundo que encolhe e perde barreiras. Sendo assim, os desafios e oportunidades deste século respondem com novas formas de existir – atitudes diferentes, resultados diferentes (REYNALDO, 2016, p. 261-282).

Castells afirma que a Revolução da Tecnologia da Informação teve início quando surgiu um novo paradigma tecnológico e essa revolução se originou e difundiu em um momento de expansão global do capitalismo, tendo como seus prin-

cipais atributos a abrangência e a complexidade. O autor assinala que as sociedades na Era da Informação estão cada dia mais organizadas em forma de rede, tempo em que um novo modelo da tecnologia da informação fornece a base material para a sua ampliação na estrutura social.

Segundo Castells, “redes são estruturas abertas capazes de se expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que [...] compartilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetivos de desempenho)” (2000, p. 566)

Nesse sentido, a Marcha Mundial das Mulheres (MMM) pertence a um momento contemporâneo de intensa transnacionalização dos movimentos feministas. Um movimento feminista transnacional presente em 164 países - a Marcha Mundial das Mulheres - tendo surgido no Canadá, em 1995, por iniciativa da Federação de Mulheres do Quebec (*Fédération des Femmes du Québec*), com a intenção de pressionar o governo do país a tomar decisões e ações para acabar com a pobreza do país (REYNALDO, 2016).

Oliveira (2016) ainda anota, que enquanto mobilização popular e campanha de pressão, a MMM foi um sucesso. Isso fez com que as feministas de Quebec apresentassem a ideia de uma marcha mundial durante a Quarta Conferência das Nações Unidas para as Mulheres de Beijing, em 1995. Essa Conferência foi de extrema relevância para a transnacionalização dos movimentos feministas e também para própria Marcha Mundial de Mulheres, ao buscar disponibilizar um espaço para que as mulheres do mundo todo pudessem se unir.

Nesse sentido, a criação de uma estrutura de oportunidades políticas internacionais por meio da Organização das Nações Unidas (ONU) e, por sua vez, a transnacionalização desse movimento foram vistas pelas grandes idealizadoras da MMM, como importantes ferramentas para a ação coletiva em âmbito nacional, internacional e, principalmente, global.

Nessa evolução da MMM, em outubro de 1998, em Montreal, ocorreu uma reunião preparatória internacional, reunindo 145 mulheres de 65 países, as quais elaboraram uma plataforma com 17 reivindicações mundiais e afirmaram o compromisso com de celebrar novo encontro em 2000 (MARCHA MUNDIAL DE LAS MUJERES, 2008).

Tornando real tal compromisso, entre 8 de março e 17 de outubro de 2000, a ação de presença pioneira internacional da MMM aconteceu em 40 países e uma

petição com mais de 5 milhões de assinaturas foi entregue à sede das Nações Unidas, em Nova York. Nesse contexto, o movimento havia constituído 6 mil grupos, representativos de 161 países e territórios e, desta forma, tornou-se permanente, tendo a sua estrutura como organização consolidada (MARCHA MUNDIAL DE LAS MUJERES, 2008).

Um consenso emergiu entre as ativistas da MMM em 2001, buscar envolver-se com outros tipos de movimentos transnacionais, tendo como escopo a constituição de um espaço autônomo de discurso para as mulheres que compunham a MMM, como iniciativa para a formação de uma identidade coletiva transnacional, conforme observa Dufour (2005).

A segunda ação internacional da Marcha Mundial das Mulheres ocorreu no ano de 2005, com o lançamento da Carta Mundial das Mulheres para a Humanidade, compreendendo um conjunto de reivindicações produzido por meio de um processo de consulta com grupos locais por mais de um ano. A Carta viajou pelo mundo, percorrendo um total de 53 países (OLIVEIRA, 2016, p. 269).

Em 2010 ocorreu a terceira ação internacional, havendo a participação de 76 países dos cinco continentes. As atividades duraram ao todo 220 dias e envolveram um público aproximado de 80 mil mulheres e homens (MARCHA MUNDIAL DE LAS MUJERES, 2008).

Entre 8 de março e 27 de outubro de 2015, a MMM realizou a quarta ação internacional. No dia 24 de abril mobilizou 24 horas do cenário global, para lembrar a data em que mais de mil mulheres morreram em Bangladesh após o desabamento de uma confecção de roupas na qual se encontravam (OLIVEIRA, 2016, p. 269).

Insta salientar, que além dessas ações internacionais, ocorreram diversos outros movimentos que mobilizaram a sociedade. Tais movimentos e estatísticas com grandes números mostram a grandiosidade da MMM, movimento presente em todos os lados do mundo e na totalidade dos países que o compõe, sendo dotado de uma estrutura e funcionamento transnacional bem definido.

Nesse sentido, enquanto um grande movimento, a Marcha Mundial das Mulheres tanto atua em espaços locais como em cenários transnacionais. Assim, dessa forma atuando em rede se tornou cada vez mais global, destacando-se e sendo reconhecido como importante ator social não estatal emergente.

OS MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS EM REDE

No cenário da sociedade internacional contemporânea, entre outras variáveis, avulta uma interessante multiplicidade de atores não estatais, caracterizando-se pelas mais diferentes formas de atuação e diversificados graus de protagonismo, todos buscando atingir s inusitados e variados objetivos. Nesse contexto, por exemplo, os movimentos sociais como um todo, se manifestam por meio de ações coletivas realizadas na luta da garantia de direitos, defesa da cidadania, proteção social e participação política.

Na concepção de Castells (2013, p.2), a marcante atuação dos movimentos sociais se intensificou e tomou maior espaço nas redes sociais da Internet, entendido como espaço autônomo que foge do controle estatal. A partir do uso da rede, os movimentos sociais foram se interligando, operando, elaborando projetos, constituindo-se e se organizando.

Com a construção de redes de informação e cooperação, os movimentos sociais passaram a atuar de forma conjunta, unificando trabalhos comuns para se viver num mundo com maior segurança e qualidade de vida, ao passo em que os objetivos de atuação se destinaram a questões envolvendo meio ambiente, educação, saúde, gênero e, especialmente, proteção aos direitos humanos.

Nesse sentido, passou-se a viver em outra era – *a era da rede global* – em que a tecnologia de informação culminou com o fenômeno da comunicação instantânea: tudo é aqui, tudo é agora. E, a partir desse momento, atores não estatais – especificamente os movimentos sociais feministas – enfocam do presente trabalho, encontram-se interconectados, apresentando como escopo a realização de seus objetivos.

Pode-se observar nesse prisma, que o poder exercido pela rede informacional alcançou eficientemente os seus propósitos, operando por meio de ampla e transcendente dimensão ao dispor da virtualidade de seus fluxos, contando com a sólida infraestrutura social, organizativa, informativa e tecnológica (OLIVEIRA, 2016).

Observando a rede informacional pelo seu viés virtual e pelas conquistas que a tecnologia pode proporcionar ao mundo e igualmente para o movimento social feminista, trazendo inúmeros seguidores que adotaram este movimento, presenciase a emergência de desconhecidas e impactantes interações transnacionais e que tornaram o mundo interdependente e cada vez mais complexo, passando-se então a

questionar: Com essa radical mudança global, onde estão as mulheres? Que espaço de emancipação conquistaram? Seus direitos estão sendo respeitados? Continuam sendo violentadas e silenciadas?

Tais questionamentos foram sendo respondidos com o tempo, conforme indicado e estudado no tópico anterior e reforçado no presente tópico. Um dos destaques importantes, nesse sentido, constitui o impacto do movimento feminista sobre o patriarcalismo, o que repercutiu em uma maior conscientização das mulheres. O patriarcalismo, o maior opositor dos ideais feministas, configura a própria raiz das diferenças entre os gêneros (CASTELLS, 2001, p. 169).

O surgimento das novas tecnologias, que interligaram mulheres que pensavam da mesma forma, criaram o que Castells (2001) denomina de “redes de esperança”. A partir dessas transformações o feminismo entrou em uma nova etapa, passando a ser chamado movimento feminista contemporâneo. As primeiras manifestações surgiram nos Estados Unidos no final da década de 60, eclodindo posteriormente na Europa e difundindo-se pelo mundo duas décadas após.

O movimento feminista encontrou uma nova possibilidade para sua ação com a Internet, que se tornou um dos meios necessários para potencializar as lutas das mulheres. Nos últimos anos houve uma mudança tecnológica e organizacional na comunicação. A auto comunicação de massa é baseada em redes horizontais de comunicação multidirecional e interativa na rede (CASTELLS, 2013, p. 158).

Para Castells (2013), os movimentos sociais passam a se renovar e usar as vantagens advindas das novas tecnologias, fomentando a disseminação dos ideais feministas, em especial, porque propicia para as próprias feministas, tanto produzir quanto divulgar o seu conteúdo com facilidade e amplitude na rede.

A rede informacional eleva o poder e a ação do movimento, fazendo com que sua expressão, expansão e aderência atinja uma maior quantidade de pessoas. Foi pelo uso da Internet que a Marcha Mundial das Mulheres obteve um ambiente propício para mobilização, produção de conhecimento, organizações de reuniões e troca de experiências (CUNHA, 2012)

Assim sendo, a importância interatividade que a rede proporciona ao movimento feminista é incontestável. Sem esta ajuda, o desenvolvimento do movimento se tornaria de maior complexidade e o alcance de grandes massas seria extremamente árduo. As mídias informacionais atuam como agente de liberdade, possibi-

litando o combate ao machismo da mídia, por meio de propagandas de televisão, sites e programas (CUNHA, 2012).

Esse desenvolvimento e mudança no cenário proporcionaram às mulheres do mundo inteiro maior coragem e apoio, para que reivindicassem se inúmeras maneiras os seus direitos. A título de exemplo e como de conhecimento geral, a cantora brasileira Ana Cañas recentemente divulgou sua música, podendo ser considerado uma das formas de luta pela igualdade de gêneros: “violência por todo mundo, a todo minuto, por todas nós, por essa voz que só quer paz, por todo luto nunca é demais, desrespeitada, ignorada, assediada, explorada, mutilada, destrutada, reprimida, explorada, mas a luz não se apaga, digo o que sinto, ninguém me cala”.

Por fim, insta salientar a importância da rede informacional no movimento feminista um marco na luta das mulheres contra o abuso do poder do gênero masculino, qual seja: a Marcha Mundial das Mulheres (MMM).

É nítido no cenário global atual, que com o desaparecimento das limitações do espaço e do tempo nos padrões de interação social, a possibilidade de novas formas de organização transnacionais são observadas, ao mesmo tempo em que comunidades locais não se tornam vulneráveis a acontecimentos ou mesmo condições globais (OLIVEIRA, 2016, p. 264).

Castells (2001) destaca a importância da Internet para a MMM, definindo esse meio como mais interessante do que uma ferramenta ou tecnologia, porque se trata de um meio de comunicação, observando a infraestrutura material da rede enquanto forma organizacional.

Assim, segundo o autor, a Internet torna-se o componente indispensável aos tipos de movimentos sociais que emergem na sociedade em rede, por três motivos: a) tais movimentos se mobilizam em torno de valores culturais; b) a Internet é um meio essencial de expressão e organização desse novo tipo de movimento; c) como o poder acontece crescentemente em redes globais, ultrapassando o Estado-nação, os movimentos precisam obter o mesmo alcance com seu próprio impacto global na mídia.

No entanto, observa que na Marcha Mundial das Mulheres existem algumas peculiaridades. Mesmo que suas mobilizações aconteçam em torno de valores culturais, seu intento de mudança concentra-se no contato físico com as milhares de integrantes do movimento, por meio da educação popular e da troca de informações. Embora a MMM seja enraizada na localidade e construída por uma multipli-

cidade de movimentos, há em seu âmbito transnacional certa verticalização e uma estrutura formalizada que a tornam um ator não estatal permanente. Assim, observa-se que as redes sociais apresentam um papel secundário para esse movimento.

Conclui-se, portanto, que para os movimentos feministas em âmbito geral, a era informacional foi de grande valia e aprimoramento. No entanto, exclusivamente para a Marcha Mundial das Mulheres, as novas tecnologias nos transportes e comunicação, como a Internet, a telefonia, o transporte aéreo, são meios de comunicações para as comunidades reais que compõe a Marcha, e não para a criação e mobilização de comunidades virtuais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na realização da presente pesquisa, observou-se que os movimentos sociais feministas constituem-se como atores internacionais não estatais e que exercem um importante papel na sociedade contemporânea global. A partir da emergência do fenômeno da globalização e de outras variáveis, os Estados, até então considerados os detentores de exclusivo protagonismo no cenário internacional, passaram a ter sua soberania relativizada e seu poder enfraquecido.

Observou-se, também, que a atual sociedade contemporânea, entra outras características, configura-se em rede de redes e que os avanços tecnológicos nas áreas da informática, telemática, meios de transporte e comunicações proporcionaram a emergência de uma nova era, a era da Revolução Tecnológica Informacional e seus desdobramentos.

A partir desses fenômenos, uma série de transformações marcaram a sociedade internacional contemporânea, uma dessas transformações poderá ser apontada ao surgimento de uma multiplicidade dos atores não estatais, entre eles, dos Movimentos Sociais Feministas, por exemplo, da emblemática Marcha Mundial das Mulheres.

A sociedade internacional, até então caracterizada por um modelo de exclusivo desenho estatocêntrico, no atual cenário de inusitadas, marcantes e ainda desconhecidas inovações, como da revolução das redes, passou a conformar-se por outro paradigma, o parâmetro multicêntrico, marcado pelo surgimento de um conjunto

de diferentes atores não estatais e que passaram a influenciar diretamente no poder de decisão dos Estados, fazendo emergir outra sociedade - a sociedade contemporânea em rede

Nos dias atuais vive-se a era da informação, tanto de projeção global quanto de projeção instantânea e simultânea, porque as distâncias físicas e o tempo de interação entre pontos distantes do planeta foram virtualmente suprimidos: *tudo é aqui e tudo é agora*. A sociedade, então marcada pela comunicação instantânea em rede, passou a proporcionar esse mesmo extraordinário avanço da virtualidade à atuação dos atores não estatais, como o caso dos denominados Movimentos Sociais Feministas.

Nesse sentido, a interconectividade da sociedade em rede faz com que os movimentos sociais se disseminem por todo cenário global, manifestando o seu protagonismo e expandindo sua atuação e seus objetivos para além das fronteiras estatais. Além do espaço virtual que ocupam, estão presentes também no âmbito real da sociedade civil e no domínio da esfera pública, na medida em que as suas manifestações e protestos populares se realizam nesses espaços.

Por fim, a presente pesquisa concluiu, que as manifestações feministas mobilizam uma coletividade de pessoas, podendo mudar a opinião pública, angariar simpatizantes e defensores em favor de seus objetivos de proteção e reconhecimento de seus direitos, o que poderá motivar mudanças significativas na ordem internacional, especialmente influenciando o poder de decisão dos Estados, em vista do caráter transparente dessa reiterada atuação, o que mostra o destacado protagonismo desses movimentos, que assim atuam graças aos instrumentos tecnológicos, em especial, da rede, que possibilita o acesso fácil e pouco oneroso à disseminação da informação em nível global.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antônio. **A sociedade internacional e o século XXI**: em busca da construção de uma ordem judicial justa e solidária. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2006. V.1.

_____. Manuel. **O poder da identidade**. Tradução Klauss Brandini Gerhard. São Paulo: Paz e Terra, 1999. V. 2.

_____. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da Internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CUNHA, Cláudia. **Feminismo 2.0**: a contribuição do ciberativismo para o movimento de mulheres e a importância do Marco Civil da Internet. 19 de nov. 2012. Disponível em: <<http://feminismo-2-0-a-contribuicao-do-ciberativismo-para-o-movimento-de-mulheres-e-a-importancia-do-marco-civil-da-internet/>> Acesso em: 10 ago.2017

DE FAZIO, Marcia Cristina Puydinger. **A sociedade civil global e a rede**: resistência à globalização desde cima? Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

DUFOUR, Pascale. **The World March of Women**: first Quebec, then the world? Montreal, 2005. Disponível em: <<http://www.cccg.umontreal.ca/pdf/Dufour%20rev%202.pdf>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

FERNANDES, Antônio José. **Relações internacionais contemporâneas**: do mundo da Europa à Europa do mundo. Itajaí: Editora da Univali, 1998.

GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

HARDING, Sandra. **The Science Question in Feminism**. Ithaca, Nova York: Cornell University Press, 1986.

IOKOI, Zilda Márcia Gricoli. Movimentos sociais na América Latina: desafios teóricos em tempos de globalização. In: QUEVEDO, Julio; IOKOI, Zilda Márcia Gricoli. **Movimentos sociais na América Latina**: desafios teóricos em tempos de globalização. Santa Maria: MILLA CCSH, Universidade Federal de Santa Maria, 2007, p.9-25.

MARCHA MUNDIAL DE LAS MUJERES. **1998-2000**: uma década de luta internacional feminista. Jundiaí: Mexprint, 2008.

MATTAR, Khris. **O movimento de justiça global**: uma mobilização política de resistência?. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

MERLE, Marcel. **Sociologia das relações internacionais**. Tradução Yvone Jean. Brasília: UnB, 1981.

OLSSON, Giovanni. **Relações internacionais e seus atores na era da globalização**. Curitiba: Juruá, 2003.

OLIVEIRA, Odete Maria de; SILVA, Andréia Rosenir. Gênero como possível ator das relações internacionais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). **Relações internacionais: a questão de gênero**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011, p. 23-82.

OLIVEIRA, Odete Maria de. Relações internacionais, direito e atores não estatais: delineamentos de fundamentação. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 33-131. V.I.

_____. O protagonismo dos atores não estatais pacíficos e violentos: a revolução da rede de redes. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, p. 39-86. V. III.

REYNALDO, Renata Guimarães. O protagonismo da Marcha Mundial das Mulheres. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, p. 261-283. V.III.

SILVA, Andreia Rosenir da. O protagonismo de gênero como ator não estatal e o importante papel da rede em seu cenário. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2016, p. 231-282. V. III.

STEANS, Jill. **Gender and International Relations: an introduction**. Grã-Bretanha: Plity Press, 1998.

15

O MUNDO GLOBALIZADO E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À INTERNET POR CRIANÇAS E ADOLESCENTES: O JOGO DA BALEIA AZUL NO BRASIL

EL MUNDO GLOBALIZADO Y LA PROBLEMÁTICA DEL ACCESO A LA INTERNET: EL JUEGO DE LA BALLENA AZUL EN BRASIL

*Lauren Raquel Barbosa da Costa*²³⁵

*Márcio Ricardo Staffen*²³⁶

Resumo: Este artigo aborda a problemática do acesso ilimitado à internet por crianças e adolescentes, frente à disseminação do Jogo da Baleia Azul em âmbito nacional. Assim, questiona-se sobre a necessidade de se dispensar maior cuidado à proteção dos menores de idade, consoante o Princípio da Proteção Integral. O objetivo deste trabalho é analisar a problemática ora exposta. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico, além da técnica de pesquisa à documentação indireta. Primeiramente, expõe-se o Princípio da Proteção Integral e, em seguida, apresenta-se o mencionado jogo.

²³⁵ Mestranda em Direito pela Faculdade Meridional de Passo Fundo (IMED). Pós-graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. Advogada. E-mail: <laurenbdacosta@gmail.com>. Lattes disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/1429142964045838>>

²³⁶ Doutor em Direito Público Comparado pela Università degli Studi di Perugia. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – IMED. Professor Titular de Direito Constitucional pela UNIDAVI. Advogado. E-mail: <márcio.staffen@imed.edu.br>. Lattes disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/1045997125432864>>

Palavras- Chave: Globalização. Internet. Jogo da Baleia Azul. Princípio da Proteção Integral.

Resúmen: Este artículo aborda la problemática del acceso ilimitado a la Internet por niños y adolescentes, frente a la difusión del Juego de la Ballena Azul en ámbito nacional. Así, cuestionase sobre la necesidad de prestar el mayor cuidado a la protección de los menores de edad, consonante el Principio de la Protección Integral. El objetivo de este trabajo es analizar la problemática ora expuesta. Para tanto, se utiliza del método de enfoque deductivo y el método de procedimiento monográfico, además de la técnica de investigación a la documentación indirecta. Primeramente, se expone el Principio de Protección Integral y, en seguida, se presenta el referido juego .

Palabras-clave: Globalización. Internet. Juego de la Ballena Azul. Principio de la Protección Integral

INTRODUÇÃO

É consabido que, hodiernamente, vive-se em mundo considerado globalizado, alavancado pela eclosão da internet; que se tornou de amplo e fácil acesso também de modo global. Contudo, o livre e, muitas vezes, desenfreado acesso à rede por crianças e adolescentes se torna preocupante, considerando-se a situação de vulnerabilidade desses, em função da faixa etária.

Assim sendo, cada vez mais, as crianças e os adolescentes acessam à rede de comunicação. Ocorre que esse livre acesso, por vezes, se confronta com a proteção direitos desse grupo, haja vista o vasto e, por vezes, perigoso, conteúdo exposto em rede que pode muito facilmente ser acessado.

Em âmbito nacional, atualmente, tem-se disseminado um jogo *online*, intitulado “O Jogo da Baleia Azul”. Ocorre que alguns homicídios e outras tentativas podem ter ligação com esse jogo, que é acessado pelas redes sociais, sobretudo, por adolescentes.

O presente artigo aborda a problemática do acesso à internet por crianças e adolescentes, sem o devido controle pelos pais/responsáveis, em contraponto ao referido jogo. Considerando-se o contexto do mundo globalizado em que vivemos e a respectiva vida em sociedade a partir das redes, questiona-se a efetividade do Princípio da Proteção Integral, tanto em um ambiente familiar, quanto social, sobretudo, no que diz respeito ao controle de acesso à internet por pais e/ou responsáveis.

O objetivo deste artigo é analisar o risco do livre acesso à internet por crianças e adolescentes, diante da propagação do Jogo da Baleia Azul em âmbito nacional.

Para tanto, será utilizado o método de abordagem dedutivo, posto que provém de uma análise mais ampla e chega a outra mais específica, considerando que explorar-se-ão os direitos das crianças e dos adolescentes no contexto no contexto da globalização, frente ao acesso à internet. O método de procedimento adotado é o monográfico, tendo por parâmetro uma bibliografia diversificada. Faz-se uso da técnica de pesquisa à documentação indireta, já que será utilizada a pesquisa bibliográfica, tal como pesquisa empírica baseada em fonte primária e na legislação pátria.

A MARCHA PELOS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES E O DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Os direitos conquistados pelos menores de idade assim o foram não sem sacrifícios, posto que por séculos foram tratados como adultos (ou “mini adultos”), sem se pensar na sua posição de vulnerabilidade, ou seja, na sua condição peculiar de desenvolvimento. Portanto, é possível dizer que os direitos atualmente conferidos às crianças e adolescentes ainda são mínimos, se for se pensar o período paradigmático de alargamento das fronteiras que ora vivenciamos.

Posto isso, mister que se faça uma síntese do percurso do trato das crianças e dos adolescentes ao largo da história. Assim, analisa-se primeiro o um âmbito mais global, apresentando a garantia internacionais de direitos e, em seguida, no contexto nacional, onde está pautada a temática deste trabalho.

Breve retomada histórica acerca do Princípio da Proteção Integral: Parâmetros internacionais

A jornada percorrida pelo público infanto-juvenil, sofreu uma mudança profunda, sendo que inicialmente era deixado à margem. Porém, no decurso de um longo período, finalmente conquista um mínimo de direitos e garantias. “Até crianças e adolescentes conquistarem o *status* de titulares de direitos e obrigações próprios da condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento que ostentam, deram-se muitas lutas e debates” (SARAIVA, 2003, p. 18-19).

Importante observar que a própria terminologia “criança”, por exemplo, pode ser considerada, segundo Veronese (2015), “um termo moderno, quase contemporâneo”. Isso porque até o século XII a única referência do termo que se tem conhecimento é bíblica, como, por exemplo, quando Jesus (o próprio Cristo) declara: “Deixai vir a mim estas criancinhas e não as impeçais [...]” (Evangelho de São Mateus 19:14).

No mesmo contexto, as primeiras representações em pinturas são do próprio Menino Jesus. Foi apenas no século XV que surgiu a figura dos *putti* – espécie de anjos – nas pinturas em telas. Depois deles é que as pinturas começaram a trazer a representação de crianças, ainda assim, ora meio distorcidas, ora como se fossem “mini adultos”, na expressão de Veronese (2015).

Não obstante, no mesmo período, não havia distinção entre crianças e adolescentes; posto que durante muito tempo a idade não tinha importância, a vida era apenas um ciclo. Foi no século XVII que os burgueses começaram a compreender a dependência das crianças e por questões da linguagem infantil típica acabam recebendo o trato de “infante”, do latim, aquele que não fala. Mas, obviamente, longe de se ter uma ideia das fases da infância.

Os infantes, até o século XVII, eram considerados como “parte insignificante do contexto familiar” (VERONESE, 2015, p.22). Tal ideia começou a ser modificada com o início da vida escolar, oriunda da Grécia Antiga, quando nasce a *paideia* (criação de meninos), período em que se dá início à educação dos jovens.

Já no período compreendido entre o final século XVII e início do século XVIII a família ganha uma nova concepção; passa a se ter uma convivência familiar, sobretudo com a função de educação da prole (SARAIVA, 2003).

A *posteriori* um marco para o Direito da Criança e do Adolescente foi a ocorrência do Caso Marie Anne, já no século XIX:

A menina de nove anos sofria intensos maus-tratos impostos pelos pais, fato que chegou a o conhecimento público na Nova Iorque daquela época. Como para o Direito Civil do século XIX, como vimos, não havia distinção entre uma criança e um cachorro, ao menos do ponto de vista da responsabilidade civil, o certo é que os pais julgavam-se donos dos filhos e que poderiam educá-los como lhes aprouvesse. O castigo físico – até hoje utilizado por alguns – era visto como método educativo e sendo as crianças – como os animais – propriedade de seus donos, no caso os pais, poderiam ser educadas da forma que entendessem (SARAIVA, 2003, p. 29).

Conforme Saraiva (2003, p.130) uma análise acerca dos direitos inerentes às crianças e aos adolescentes necessita estar voltada tanto aos direitos fundamentais, quanto aos direitos humanos, os quais, em uma perspectiva subjetiva são capazes de determinar “o estatuto jurídico da cidadania”. Tal determinação poderá ocorrer tanto nas relações estatais, quanto no próprio contexto do conjunto desses direitos.

Nesse diapasão, em um sentido global, é possível dizer que os direitos das crianças e dos adolescentes estão marcados por três momentos distintos. O primeiro momento está atrelado à responsabilidade penal do menor; período em que os “menores” eram tratados sem distinção dos adultos. O momento seguinte, é originado nos Estados Unidos da América, marcado por normas de cunho tutelar da norma; ocorre no princípio do século XX. “A terceira etapa, com o advento da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, inaugura um processo de responsabilidade juvenil, caracterizada por conceitos como separação, participação e responsabilidade” (SARAIVA, 2003, p. 15).

Merece importância a Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral, composta por diversos documentos, dentre os quais destaca-se a Convenção Internacional Sobre Direitos da Criança; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração dos Direitos dos Menores, que restaram conhecidas como Regras de Beijing; as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência

Juvenil. É a partir da instituição dessas normas que se delimita a passagem da não garantia – garantia de direitos às crianças e aos adolescentes.

Este conjunto normativo revogou a antiga concepção tutelar trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeito de direito, de protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, dando um novo contorno ao funcionamento da Justiça de Infância e Juventude, abandonando o conceito de menor, como subcategoria de cidadania (SARAIVA, 2003, p.53).

Quanto à “peculiar condição de pessoa em desenvolvimento”, reforça-se que ela faz referência ao próprio desenvolvimento psicológico daqueles que se encontram em formação. Sob essa questão, expõe Youf (2002, p. 96) que se trata de uma “immaturité physique et intellectuelle, telle est la spécificité de l'enfant qui nécessite la proclamation de droits particuliers». Portanto, é a reafirmação da ideia de que a criança é dependente do adulto, posto que não pode gerir sua vida sozinha, pois corre perigo, posto não tem maturidade intelectual suficiente tal como um adulto.

No entendimento Del-Campo e Oliveira (2009, p. 3-4) foram respectivamente o IX e o X Congresso Panamericano del Niño, ocorridos nos anos de 1948 e 1955, o primeiro em Caracas e o segundo no Panamá, que surgiu a doutrina da proteção integral. Contudo, esses autores acentuam que foi somente no ano de 1963, com a ocorrência do Congresso Panamericano em Mar del Plata, somado ao Pacto de São José da Costa Rica (1969) que a doutrina em comento se robusteceu.

Ainda, outro fator que contribui para a consolidação e disseminação da doutrina da proteção integral foi a instituição, pela Organização das Nações Unidas, do Ano Internacional da Criança – 1979, de onde adveio, finalmente, a Declaração dos Direitos das Crianças.

A questão da vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes, porém, só vai ser definitivamente reconhecida a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, recepcionada em Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989. No entendimento de Veronese, tal Convenção, em realidade, tem o cunho de ratificar a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, essa convenção é relevante, pois:

Acentua o fato de que as crianças, tendo em vista sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especiais; e enfatiza a importância da família,

para que a criança desenvolva sua personalidade, num ambiente de felicidade, amor e compreensão (VERONESE, 2015, p. 31).

Cabe destacar, de modo especial, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, obviamente, também confere direitos às crianças e aos adolescentes, pois são seres humanos sujeitos de direitos tal como os adultos. Desse modo, eis que os valores dos direitos do homem também devem ser aplicados às crianças, posto que tem como destino todos os seres humanos. É somente a partir dessa declaração que se começa a pensar tal situação.

[...] si l'enfant est notre semblable, s'il est notre *alter ego*, s'il est titulaire des droits de l'homme, comme n'importe quel autre humain, si, em, quelque sorte, il appartient à la catégorie du *même*, il ne saurait disposer immédiatement de ces droits. Tel est le sens du deuxième paragraphe où, dans l'affirmation de l'universalité des droits, n'apparaissent pas les distinctions d'âge. Quels que soient la race, le sexe, la religion, chacun doit pouvoir de l'âge indique qu'il ne saurait en être de même pour l'enfant. Tel est le paradoxe de laquelle la référence aux droits de l'homme doit également valoir pour lui; mais d'autre para la spécificité due à son âge ne saurait l'assimiler à tous les autres humains. C'est ce caractère particulier qui, à la différence de ses semblables, va lui valoir de la Déclaration universelle des droits de l'homme, ne sauraient totalement y être identifiés (YOUF, 2002. p.96).

Assim sendo, é nesse período também que se começa a dar uma verdadeira ressignificação à infância, inclusive na própria terminologia, quando se abandona a concepção do “menor”, que “[...] ganha a significação de criança ou adolescente pobre ou abandonada com uma potencialidade de perigo à sociedade, fazendo uma clara distinção entre o termo criança” (PALSKUSKI, SANTOS, 2011, p. 219).

A palavra “menor”, por todo o contexto de exclusão que crianças e adolescentes já sofreram, passou a difundir uma ideia discriminatória, negativa, sobre eles. Ocorre que com um realinhamento do ordenamento jurídico, que propõe normas capazes de alcançar crianças e adolescentes como sujeitos do processo, descabe o uso do conceito do “menor”, pois remete a um período de exclusão (SARAIVA, 2003 e PIOVESAN, 2012).

Do exposto, ainda que de maneira sintética, contemplou-se acontecimentos históricos, na perspectiva internacional, que foram essenciais para o desenvolvi-

mento e a recepção dos direitos das crianças e dos adolescentes, especialmente no que tange ao surgimento e ao desenvolvimento da Doutrina da Proteção Integral.

A Recepção da Doutrina da Proteção Integral no Brasil

De acordo com o que se expôs no item anterior, houve uma marcha em favor dos direitos até se chegar à compreensão hodierna da Doutrina da Proteção Integral. Assim sendo, gradativamente, o público infanto-juvenil foi angariando direitos. No cenário nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) expõe o resultado de um longo processo de conquista dos direitos humanos (SARAIVA, 2003).

A partir de um contexto contemporâneo, no Brasil, também é possível se contemplar três fases distintas em relação aos direitos do público infanto-juvenil. A primeira surge com o ímpeto de punir - é a fase do “Direito Penal do Menor”; seguida da fase do “Direito da Situação Irregular” e, por fim, tem-se a “Doutrina da Proteção Integral”.

O período do Direito Penal do Menor está assentado basicamente em dois códigos: Código Criminal do Império (1830), onde a maioria penal era aos 14 anos, e o próprio Código de Processo Penal de 1832. Tais legislações regulamentavam apenas quanto à punição, sem conceder quaisquer direitos aos “menores”. A Doutrina do Direito do Menor se fundava no binômio “carência-delinquência”. Não havia mais confusão entre adultos e crianças, porém, nasce a “criminalização da pobreza” (SARAIVA, 2003, p. 31), posto que era considerado “menor” a criança ou adolescente pobre, o marginalizado.

A Doutrina da Situação Irregular é influenciada por uma legislação com caráter tutelar; um conjunto de regras direcionado a crianças e adolescentes considerando excluídos. Essa doutrina “[...] pode ser sucintamente definida como sendo aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social” (SARAIVA, 2003, p. 44). Tem-se o Código de Menores (Código Mello de Mattos), o primeiro a oferecer alguma assistência aos menores de 18 anos. Porém, era destinado para algumas crianças e adolescentes: o órfão, o desvalido e o capoeira.

O Código de menores de 1927, Decreto nº 17.943-A de 12.10.1927, influenciado pela doutrina do direito do menor, destacando-se por características

como a definição de obrigação dos pais em relação aos filhos desde o nascimento até os 21 anos; o acolhimento de um tratamento legislativo assentado além do próprio código menorista, também na aplicação e abrangência do código civil, caracterizando, portanto, um sistema dito dual; uma destinação legislativa específica para crianças de 0 a 18 anos em estado de abandono sem moradia certa, órfãos, de pais ignorados, pais presos a mais de dois anos, pais vagabundos, mendigos, de maus costumes, prostitutos ou economicamente incapazes de suprir a prole. E, ainda, uma caracterização para o menor delinquente no interregno de 14 a 18 anos, separando-os dos condenados adultos (*sic.*) (PALSKUSKI, SANTOS, 2011, p. 219).

Importante observar que a Doutrina da Situação Irregular privava crianças e adolescentes das suas condições essenciais à subsistência - pela omissão dos pais ou pela impossibilidade de provimento ou, ainda, por cometimento de conduta ilícita. Por outro lado, a Doutrina da Proteção Integral termina com essa discriminação; ao contrário, oferece toda a assistência necessária ao pleno desenvolvimento da personalidade dos infantes.

A Constituição Federal de 1988, além de revogar o Código de Menores, ofereceu suporte para o Estatuto da Criança e do Adolescente. Este último, por sua vez, oferece proteção integral às crianças e aos adolescentes. Assim, a responsabilidade pelos infantes passa a ser dos pais/responsáveis, do Estado e da sociedade. Ademais, são concedidos direitos intrínsecos ao pleno desenvolvimento do público infanto-juvenil. (ELIAS, 2014 e MILANO FILHO, 2004).

A Magna Carta de 1988, antecipando-se à Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança (1989), estabelece os princípios promotores da Doutrina da Proteção Integral, constantes em seus artigos 227 e 228. Salienta-se que o ideal estabelecido pela nossa constituinte, que orienta o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria legislação infraconstitucional, seria o texto da cita Convenção na narração brasileira. Dos países latinos, o Brasil foi o primeiro a acomodar a legislação segundo a convenção; inserindo no texto constitucional os primados dessa convenção (SARAIVA, 2003, p. 59-61).

Para Piovesan (2012) o procedimento democrático brasileiro, nos anos 80, promoveu uma reestruturação civil, por meio das “formas de mobilização, articulação e organização”. Do mesmo modo, favoreceu a legitimação de novo ajuste

nas esferas política, jurídica e social. Nossa Carta Magna de 1988 foi a legislação nacional que melhor recepcionou as reivindicações sociais.

No caso das crianças e dos adolescentes, houve uma profunda modificação de sua situação jurídica. A Constituição Federal de 1988 introduziu diversos dispositivos que tratam da criança e do adolescente de forma consoante com as diretrizes internacionais de direitos humanos e com os padrões democráticos de organização do Estado e da sociedade.

Os direitos especiais reconhecidos às crianças e aos adolescentes decorrem de sua peculiar condição de ser humano em desenvolvimento. Como consequência, o Estado e a sociedade devem assegurar, por meio de leis ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o pleno desenvolvimento das capacidades físicas, mentais, morais, espirituais e sociais, cuidando para que isso se dê em condições de liberdade e de dignidade (PIOVESAN, 2012, p. 363).

A Doutrina da Proteção Integral, então, introduzida, no ordenamento jurídico pátrio, por meio da Constituição Federal de 1988, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/90) e da Convenção sobre os Direitos da Criança; mostra que crianças e adolescentes vivem uma condição peculiar de desenvolvimento. Essa doutrina causa uma verdadeira revolução, marcando a terceira da implementação dos direitos infanto-juvenis no Brasil, garantindo-lhes proteção especial (PIOVESAN, 2012, p. 359).

A doutrina em comento pode ser entendida como um paradigma, visto que baseia-se em um tripé: é positivada internacional (Convenção internacional sobre os Direitos da Criança) e nacionalmente (Estatuto da Criança e do Adolescente); contribui para elaboração doutrinária, e, por fim, é ensejadora de ações concretas de maneira universal (VERONESE, 2015, p. 38).

Destaca-se que o ECA, tal como acontece no cenário internacional, trabalha os direitos dos infantes de maneira conjunta a outros direitos, inclusive, em um único título interliga direitos sociais e individuais (PIOVESAN, 2012, p. 365). O Estatuto, repisando o ideal da Convenção sobre os Direitos da Criança, prima pela não divisão dos direitos humanos das crianças e adolescentes, além de estabelecer a implementação recíproca e confere a mesma importância a todos os direitos infanto-juvenis.

Nesse contexto, crianças e adolescentes têm reconhecida a sua condição de vulnerabilidade; própria de seu estado de desenvolvimento. Não obstante se regulamenta o texto constitucional do art. 227 da Constituição Federal de 1988; que recepciona igual redação do art. 4º do ECA, conforme segue:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Uma definição para a Doutrina da Proteção Integral é o entendimento que de que esta seja uma doutrina abrangente, no sentido de que ela é capaz de abarcar tudo aquilo que é preciso para o desenvolvimento humano, tal como da sua personalidade (ELIAS, 2014, p. 12). Essa doutrina tem caráter universal, haja vista que qualquer criança ou adolescente estará sujeita/o às obrigações compatíveis com sua condição peculiar de desenvolvimento, sem que haja distinções (SARAIVA, 2003, p. 61), ou seja, independentemente de estar ou não em situação irregular.

Essa doutrina assenta-se na descentralização, distribuindo tarefas entre União, estados e municípios, que assumem o dever de participar na concretização dos direitos das crianças e dos adolescentes – trata-se do Princípio da Cooperação. Há uma união de esforços para melhor amparar crianças e adolescentes. “A união da família, da sociedade e do Estado certamente contribuirá para que os referidos direitos possam, mais facilmente, chegar ao seu destinatário. Felizmente, há, em nosso meio, várias iniciativas particulares nesse sentido [...]” (ELIAS, 2014, p. 15).

Por meio da implementação da doutrina teoria da proteção integral, tal como das demais normas estabelecidas no panorama jurídico nacional, tem-se um compilado de direitos que merecem proteção conjunta. Essa cooperação ativa é importante para promover às crianças e aos adolescentes, por exemplo, a liberdade expressiva de ideias. Portanto, a recepção dessa doutrina não pode ser entendida como uma simples declaração de direitos ou “*status individual*” (DIAS, 2016, p. 36).

A garantia dos interesses das crianças e dos adolescente, proporcionadas pela inserção da Doutrina da Proteção Integral, constitui verdadeiro avanço para a construção da cidadania, especialmente sob dois aspectos: explicita os direitos dos in-

fantas, proporcionando maior conscientização social desses e se torna o próprio meio promotor dessa cidadania (VERONESE, 2015).

Uma das principais inovações do ECA é aplicar-se a todos os indivíduos cuja idade seja inferior a 18 anos, ao contrário do antigo Código de Menores, que se aplicava somente aos menores em situação irregular, criando uma dicotomia jurídica entre crianças e adolescentes que se encontravam fora desses padrões considerados regulares pela legislação e pela interpretação jurisprudencial e doutrinária de tal legislação. O termo “menor” ficou de tal forma associado a essa situação de irregularidade que passou a ser considerado discriminatório, sendo banido da legislação atual (PIOVESAN, 2012, p. 364).

A doutrina da proteção está para frisar que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não apenas portadores de necessidades. Assim sendo, qualquer decisão referente a esse público deve ter primazia, sendo direitos de pais ou responsáveis restam em segundo plano. Ainda, pais e responsáveis, além de serem um direito dos infantes, são por eles responsáveis. (ELIAS, 2014 e PALSKUSKI, SANTOS, 2011).

Em âmbito nacional, apesar de todo o aporte jurídico acerca da Doutrina da Proteção Integral, ainda é latente a deficiência na efetivação dessa doutrina. A própria deficiência na educação, por exemplo, acaba por deturpar os direitos conferidos às crianças e aos adolescentes por meio da legislação especial, relegando-os a um plano inferior (DEL-CAMPO, OLIVEIRA, 2009, p. 8-9). Ainda que, hodiernamente, sejam garantidos direitos às crianças e aos adolescentes, há a necessidade de que se continue lutando para que sejam efetivados tais direitos, auferidos no decurso de um longo período de tempo.

REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA VERSUS DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Do mesmo modo que os direitos das crianças e dos adolescentes passaram por uma verdadeira revolução nas últimas décadas, com o que acordam Veronese (2015) e Piovesan (2012), também houve significativa evolução da sociedade quanto aos

meios de veiculação de informações na *Internet*, é o surgimento da sociedade informacional, consoante Castells (2005).

Las nuevas tecnologías representan uno de los cambios más evidentes de la actualidad. Han contribuido al crecimiento de las economías, facilitado el transporte y la comunicación, favorecido importantes avances en materia de salud y educación, ampliado la información y la participación y creado nuevos instrumentos de seguridad (ONU, 2016, p. 28).

Diante dessa nova realidade social, entendida por Castells (2005) como “cultura da virtualidade real”, que promove relações interpessoais por meio dos ambientes multimídia; ressurgem grande preocupação em relação à proteção dos direitos dos infantes, tendo em vista que não se sabe as consequências dessa nova cultura.

Entramos na era da complexidade. Todas as mutações assinaladas no início, os fulgurantes progressos das tecnologias da informação, a globalização da economia, a aceleração das mutações culturais contribuem para ampliar este fenômeno. A menos que se trate apenas de uma sensação: a de não mais entender nem poder enfrentar um mundo que parece cada vez mais ininteligível. Nossas mentes se sentem esmagadas pelo número de dados contraditórios. Em todas as coisas, as causas e as consequências estão emaranhadas, até o limite da confusão e da desordem, sem que se disponha de uma ferramenta que permita, de maneira sistemática, descortinar ali alguma ordem. No que nos diz respeito, poderíamos alvitrar que os governantes não sabem mais como atender às necessidades de regulação diante de situações que se tornaram indecifráveis segundo os parâmetros tradicionais. É preciso regulamentar? É preciso desregular? Por quê? Como? Em que medida? Mas nenhuma certeza se impõe aos tomadores de decisão. O simples olhar maniqueísta sobre a sociedade não nos permite mais encontrar soluções - a não ser as puramente ideais - para as crises nascidas de uma conjuntura complexa (ARNAUD, 2007, p. 54).

Em meio à cultura da tecnologia é com demasiada rapidez que os dados expostos na rede se espalham, sendo impossível controlar a proliferação dos dados publicados, o que, obviamente, acaba alcançando um vasto público. Vivemos a uma mistura de cibernética e meio urbano, o que configuraria o “espaço da autonomia”, onde é livre a comunicação por meio das redes - tal liberdade pode ser considerada transformadora (CASTELLS, 2005).

A mencionada liberdade, porém, pode expor as pessoas às estratégias empresariais e mercantis; provocando um tipo de massacre social, que resulta em abandonos, suicídios, e até mesmo transtornos mentais; contradizendo o ideal de relacionamento humano (TOURAINÉ, 2011). Veronese (2015, p. 38) pondera que não devemos permitir que haja uma desconstrução da nossa humanidade seja pela exclusão social ou pelas inovações tecno-científicas, como a globalização.

A mentalidade da juventude é marcada por tudo aquilo que é consumido em âmbito global, a exemplo disso, temos o uso da calça jeans; a necessidade de se falar inglês, dentre outros aspectos que viram verdadeira “febre” dentre os jovens. Hodiernamente, existe uma “pluralidade com formas híbridas”; promovida pela cultura material (HABERMAS, 2001, p. 96), ou seja, pela necessidade do ter.

Nesse viés, é essencial que haja uma ruptura com “[...] com uma cultura e prática que inibem a construção emancipatória dos direitos humanos das crianças e adolescentes, violando, sobretudo, seu direito fundamental ao respeito e à dignidade” (PIOVESAN, 2012, p. 374). É emergente a implementação de novos parâmetros e valores, a fim de que se efetive a ideia de que crianças e adolescentes merecem atenção peculiar, considerando-se sua condição especial de desenvolvimento.

Ocorre que a partir da globalização, fomentada pela tecnologia, a efetivação dos direitos resguardados às crianças e aos adolescentes, mormente a proteção integral, restam gravemente comprometidos, sobretudo, em um contexto social onde há mais conexões digitais do que humanas, conforme expõe o próprio Relatório de Desenvolvimento Humano de 2016 (ONU, 2016). Há que se questionar acerca da segurança oferecida (ou não) às crianças e aos adolescentes nessa sociedade em rede que não encontra fronteiras.

Do mesmo modo que as redes da tecnologia marcam um mega-paradigma, também surge uma “constelação de problemas” que, contemporaneamente, se apresentam em forma de rede – “Rede de constituições, rede de direitos, que não de pirâmide normativa, rede de problemas e desafios” (CUNHA, 2007, p. 158). No mesmo sentido, para Habermas (2001), a globalização não ocorre apenas de uma rede de comunicação, mas também eclode a rede de tráfico, etc.

A problemática não está nas redes em si, mas no aumento do uso delas por crianças e adolescentes e na sua inserção nas redes sociais – *facebook*, *instagram*, *whatsapp*, etc-, o que gera demasiada exposição desse público. Conforme a PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios -, promovida pelo Instituto Brasi-

leiro de Geografia e Estatística, em 2014 informou que, pela primeira vez, a *Internet* atingiu 54,4% da população brasileira. Considerando os grupos por idade, 69,1% dos internautas tinham entre 10 e 14 anos; 81,8% entre 15 e 17 e 81,1% tinham 18 ou 19 anos (IBGE, 2014, s.p.).

Já em 2015 o acesso à *Internet* pelos brasileiros chegou a 57,5%. Quanto aos grupos por idade, tem-se que adolescentes de 15 a 17 anos atingem o percentual de 82,0%; já os internautas que tem entre 18 ou 19 anos somam 82,9%; grupos esses que demonstraram os maiores percentuais de internautas brasileiros (IBGE, 2015, s.p.). Ainda, a Síntese de Indicadores Sociais do ano de 2016, que analisou as condições de vida dos brasileiros, demonstrou que o “Acessos à educação e à Internet mostram-se mais ligados às pessoas mais jovens [...]” (IBGE, 2016, s.p.).

Toda essa mudança social e o aumento do acesso à internet por crianças e adolescentes tem resultado também na alteração da legislação. É o caso da Lei nº 13.441, de 08 de maio de 2017, que promove uma alteração no ECA, acrescentando-lhe a seção V-A - Da Infiltração de Agentes de Polícia para a Investigação de Crimes contra a Dignidade Sexual de Criança e de Adolescente. Essa alteração ocorreu em razão da emergente necessidade de se investigar crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes que, na rede.

Porém, apenas a legislação não é capaz de alterar os pensamentos dos indivíduos e chegar aos resultados pretendidos. Assim sendo, novamente se retoma o Princípio da Cooperação e se ressalta que as políticas públicas também podem promover soluções para a efetivação de direitos e prevenção de problemas ligados aos infantes (PALSKUSKI, SANTOS, 2011). É necessário se voltar o olhar para segurança das crianças e adolescentes na sociedade em rede, especialmente quanto à desproteção a que estão expostas quando do uso da *Internet*.

O Jogo Da Baleia Azul: Uma ameaça à vida de crianças e Adolescentes

Conforme exposto no item anterior, é crescente o acesso à *Internet* por crianças e adolescentes, que restam suscetíveis a tudo o que ocorre nas redes de comunicação. A preocupação é ainda maior quando o acesso à rede fere os direitos conferidos ao público infante-juvenil; havendo, por vezes, total desrespeito à proteção integral.

Sob essa ótica, destaca-se o Jogo da Baleia Azul, que viralizou no Brasil. Não se trata de um simples joguinho *online*; não é, tampouco, nenhuma brincadeira de criança. Esse jogo tem deixado muitos pais e educadores em estado de alerta, considerando a sua ligação com tentativas de suicídio, especialmente por adolescentes.

É consabido, conforme informes midiáticos, que o cito jogo, provavelmente, seja originado da Rússia; proveniente de um título de uma música – Siniy Kit (Baleia Azul) -, da banda denominada Lumen (BERSHIDSKY, 2017). De modo sintético, a letra dessa música faz referência a uma baleia que sofre por estar presa à rede.

O jogo pode ser acessado via *facebook* – existem várias páginas intituladas como *Blue Whale* ou mesmo Baleia Azul ou, ainda, por grupos de *whatsapp*. Para participar do jogo é necessário ser aprovado nesses grupos. A partir disso, o candidato precisa “se oferecer” para jogar e esperar que um “curador” faça contato. Observa-se que tal “curador” é quem, em certa medida, controla/ dita as regras do jogo.

A partir primeiro contato, que é feito sempre na madrugada, o jogador é questionado se aceita jogar e, aceitando, é proibido de abandonar o jogo. Após esse contato, acontece uma sequência de “desafios” que são impostos pelo curador, como, por exemplo, desenhar uma baleia no braço, fazendo uso de uma lâmina de barbear; fazer postagens, nas redes sociais, que demonstrem tristeza; dor; façam alusão à morte, etc. É necessário, ainda, que sejam mandadas, para o curados, provas, demonstrando que as tarefas foram cumpridas.

Destaca-se que, após um período de 49 dias de jogo, o desafio final, ou seja, no 50º dia, é tirar a própria vida. Caso o jogador queira desistir, não consegue fazê-lo, devido as ameaças feitas pelas curador que, já tendo *stalkeado*²³⁷ o jogador, consegue lhe fazer severas ameaças como matar algum familiar se o jovem não jogar até o final.

Ante do que se expôs, é importante restar alerta quanto às reivindicações que as próprias escolas tem feito aos pais/responsáveis; às notícias trazidas pelos meios de comunicação e especialmente, importa que se fique alerta quanto ao conteúdo acessado por crianças e adolescentes, posto que, infelizmente, o Jogo da Baleia Azul é uma realidade ocorrente no Brasil.

²³⁷ Stalkear, termo em inglês que significa investigar. É uma espécie de linguagem cibernética, utilizada para expressar que está se investigando a vida de alguém por meio das redes sociais ou, no caso do jogo, os computadores dos jogadores são “invadidos” pelos curadores, que também são hackers.

A menção jogo em questão é um modo de se perceber, concretamente, a violação de direitos de crianças e adolescentes, inclusive quanto ao direito à vida, que pode ocorrer pelo simples acesso às redes de comunicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o que foi exposto, compreende-se que para se chegar à proteção integral das crianças e adolescentes, seja em um contexto internacional ou nacional, decorreu um longo período de tempo; onde inicialmente só havia previsão de punição ou exclusão dos infantes.

Em outro ponto, o desenvolvimento da tecnologia, marcado, especialmente pela eclosão das redes de comunicação, ao passo que trouxe benefícios, também gera preocupação na garantia dos direitos infante-juvenis.

Foi visto, ainda, que a própria legislação tem sofrido mudanças, em função do crescente acesso à Internet por crianças e adolescentes, na tentativa de lhes proporcionar maior garantia e efetivação de seus direitos.

Por derradeiro, é válido destacar que é de suma importância que dispenda maior cuidado com o público infante-juvenil na contemporaneidade, considerando que estão tendo seus direitos violados mesmo quando pais e responsáveis pensam que eles seguros, por estarem acesso à rede no conforto do lar.

REFERÊNCIAS

ARNAUD, Jean. **Governar Sem Fronteiras**: Entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007

BERSHIDSKY, Leonid. **Como a Rússia deu Origem à Baleia Azul, jogo de Suicídio que Preocupa o Brasil**. Gazeta Do Povo. Disponível em: << <http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/como-a-russia-deu-origem-a-baleia-azul-jogo-de-suicidio-que-preocupa-o-brasil-944jc99a8hw9d37fosnfjac4> >>. Acesso em 11 de agosto de 2017.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.060, de 13 de julho de 1990. Disponível em: < >. Acesso em: 05 de maio de 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.441, de 08 de maio de 2017**. Disponível em: < >. Acesso em: 10 de maio de 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**: do Conhecimento à Política. In: A sociedade em rede: Do conhecimento à ação política. CASTELLS, Manuel, CARDOSO, Gustavo orgs. Imprensa Nacional, 2005

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara, OLIVEIRA, Thales Cezar de. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2009

DIAS, Felipe da Veiga. **O Direito à Informação na Infância Online**. Curitiba: Editora Prismas, 2016

ELIAS, João Roberto. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei n 8069, de 13 de julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Síntese de Indicadores 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv94935.pdf>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Síntese de Indicadores 2015. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais**: Uma Análise das Condições de Vida População Brasileira. 2016. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf>>. Acesso em 10 de julho de 2017.

MILANO FILHO, Nazir David, MILANO, Rodolfo Cesar. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Comentado e interpretado de acordo com o Novo Código Civil 2 ed. São Paulo: Leud, 2004

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS -ONU. **Relatório de Desenvolvimento Humano** 2016: Desarrollo Humano para todas las Personas. New York: UNDP, 2016

PALSKUSKI, Tabata Lima. SANTOS, Onélio Luís S. ECA: **O avanço legislativo na afirmação dos direitos infante-juvenis e sua efetividade prática**. In AMARAL, Augusto Jobim do, ATHAYDES, Estevão Machado, PIRES, Daniela de Oliveira, WUNDERLICH, Alberto. Temas Críticos em Direito. vol.1. Guaíba: Sob Medida, 2011.

PIOVESAN, Flávia, PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. **Os Direitos Humanos das Crianças e dos Adolescentes no Direito Internacional e no Direito Interno**. In PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2012

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOURAINÉ, Alain. **Após a Crise**: A decomposição da vida social e o Surgimento de Atores Não Sociais. Petrópolis: Vozes, 2011

VERONESE, Josiane Rose Petry. **O Estatuto da Criança e do Adolescente**: Um novo paradigma. In: VERONESE, Josiane Rose Petry. ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo. Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos de desafios e conquistas. São Paulo: Saraiva: 2015

YOUF, Dominique. Penser les droits de l'enfant. Paris: Presses Universitaires, 2002.

16

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS MÍDIAS SOCIAIS PELOS ATORES INTERNACIONAIS DE ATUAÇÃO VIOLENTA NA SOCIEDADE EM REDE

SOCIAL MEDIA AS A TOOL OF VIOLENT PERFORMANCE
INTERNATIONAL ACTORS IN NETWORK SOCIETY

*Maria Paula Zanchet de Camargo*²³⁸

*Giovanni Olsson*²³⁹

*Maria Luiza Roman Folle*²⁴⁰

Resumo: O presente trabalho desenvolve o problema de pesquisa sobre os impactos das mídias sociais como instrumentos dos atores internacionais de atuação violenta na sociedade em rede. O artigo analisa os atores internacionais de atuação violenta na sociedade em rede e o papel das mídias sociais como seus instrumentos na promoção de violência. A metodologia utilizada será a da pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo. O objeto de pesquisa é complexo, e implica em diversos desdobramentos para a compreensão da sociedade contemporânea.

238 Graduada em Direito na Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Bolsista do projeto de apoio à pesquisa científica financiada pelo Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina - UNIEDU. E-mail: mariapaulaz@outlook.com.br

239 Doutor em Direito (UFSC). Professor Titular do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). E-mail: golsson71@gmail.com

240 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó. Bolsista da CAPES/PROSUP. E-mail: malufolle@hotmail.com.

Palavras-chave: Mídias Sociais; Atores Internacionais; Violência; Sociedade em rede.

Abstract: This work develops the research problem of social media impacts as tools of violent performance international actors in network society. The article analyses international actors which are dedicated to violent performance in network society and social media role as tools to promote violence. The method used will be the bibliographic research, through the deductive method. The object of the research is complex and implies on several unfoldings for the modern society comprehension.

Keywords: Social Media; International Actors; Violence; Network Society.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tratará dos atores internacionais, como um atual e relevante objeto de estudo, visto que as consequências da ascensão desses agentes vêm causando grandes impactos em âmbito mundial. Os atores internacionais de atuação violenta possuem grande projeção atualmente, porque diariamente florescem imagens e notícias sobre os impactos de suas ações na política e economia de diversas nações.

Em um segundo momento, será analisada a sociedade em rede, na perspectiva da profunda interconexão entre as pessoas e as redes. Diante da globalização e do progressivo avanço da tecnologia, o mundo contemporâneo permite a difusão quase instantânea de notícias e informações, assim como de comunicações em geral entre as pessoas e instituições em todo o globo.

No decorrer do estudo, pretende-se evidenciar que, para que se chegasse à realidade atual, essa evolução foi fruto de uma história bem complexa e impactante para a vida em sociedade.

As mídias sociais, por sua vez, devem ser compreendidas como fator determinante para a ascensão dos atores internacionais de atuação violenta. De plano, percebe-se que, da mesma forma que a mídia auxilia em negociações e repasse de

informações, ela também cria um espaço para que esses sujeitos atuem e consigam atingir seus objetivos, alcançando e influenciando as relações internacionais.

Nessa perspectiva, um exemplo a ser aprofundado será o grupo extremista militante islâmico Boko Haram, como um representante significativo de atuação desses atores internacionais violentos.

Em suma, o artigo busca evidenciar o impacto causado pelos atores internacionais de atuação violenta quando eles instrumentalizam as mídias sociais na sociedade em rede.

Para tanto, será utilizado o método dedutivo para a presente pesquisa, com o uso da técnica da pesquisa bibliográfica.

OS ATORES INTERNACIONAIS DE ATUAÇÃO VIOLENTA

Após a Primeira Guerra Mundial, vivenciou-se um período de intensa conturbação, fazendo com que as nações buscassem soluções para a urgência das consequências da Guerra. Diante de todo esse cenário, intensificaram-se as Relações Internacionais e oportunizando o surgimento de novos atores internacionais.

Ator, nas Relações Internacionais, constitui um indivíduo, organização ou grupo que desempenha uma função significativa e participativa dos fluxos internacionais. O cenário internacional é formado por agentes sociais que se influenciam reciprocamente, para exercer o próprio ato internacional na arena mundial (OLIVEIRA, 2014, p. 97). De acordo com Esther Barbé, no mesmo sentido, “o ator internacional é aquela unidade do sistema internacional (entidade, grupo, indivíduo) que tem habilidade para mobilizar recursos que lhe permitem alcançar seus objetivos e capacidade para exercer influência sobre outros atores do sistema e que goza de certa autonomia”. Segundo Oliveira (2014, p. 19), para que o ator desempenhe um papel de maneira eficaz e autônoma, ele deverá ter aptidão para atuar e decidir no cenário internacional. A autora ainda destaca que o ator possui um papel relevante, senão o principal, na condução das Relações Internacionais, devendo deliberar com habilidade, autonomia, influência e capacidade de atuar como membro significativo de uma relação.

Ao direcionar o olhar para os atores internacionais, nota-se que diversos aspectos contribuem para a sua definição, como as comunicações imediatas, a rede e a globalização. Nesse âmbito, encontra-se a divisão de dois grandes grupos: estatais e não-estatais.

Verifica-se que os atores estatais caracterizam-se por possuírem legitimidade, autonomia e soberania junto ao Estado, para que alcancem seus objetivos políticos e econômicos na arena internacional.

Por sua vez, com o acelerado crescimento após a Primeira Guerra Mundial, os atores internacionais não-estatais conquistaram sua independência e autonomia depois das consequências drásticas tanto no cenário político quanto econômico social. Do ponto de vista histórico:

Com a progressiva perda do clássico monopólio de decisão do Estado, sua competência e gestão pública pouco a pouco foram diluindo-se, dando lugar a uma realidade fática de novo e diferentes atores – denominados não estatais – que evoluindo foram conquistando posição de destaque na arena internacional, na medida em que passaram a demonstrar capacidade não só de influenciar, mas também de comprometer o poder decisório do próprio ente estatal. (Oliveira, 2014, p.106-107).

O estudo desse fenômeno, segundo Oliveira (2014, p.112), envolve os chamados atores emergentes, que apresentam suas características específicas para alcançarem seus diferenciados objetivos, nem sempre visíveis, mas atuando nas diversas modalidades e meios com eficiência e significativamente no espaço internacional.

Para Oliveira (2014, p. 112), os atores não estatais se exibem de maneira totalmente autônoma do controle do Estado. Devido a sua própria estrutura e organização, esses atores vêm elevando os números de entes e movimentos no âmbito das Relações Internacionais. Em síntese, as suas consequências estão refletindo no poder do Estado, que está se tornando menos soberano e mais flexível de acordo com os objetivos desses diferenciados agentes.

Oliveira (2014, p. 110) ressalta que esses atores, para alcançar seus objetivos, confrontam e partem o monopólio de decisão do Estado, ou mesmo competem para exercer sua influência perante os estatais e suas instituições.

No decorrer dos estudos destes atores internacionais e suas tipologias, segundo Oliveira (2016, p. 69), é apresentado o surgimento de uma nova subclassificação:

pacíficos e violentos. Ambas as espécies estariam localizadas em diversas partes do planeta, onde se estruturam e se solidificam por meio de rede global, interligadas em diversas redes, assim alcançando seus diferenciados objetivos.

Nessa nova subclassificação, como apresentado acima, os atores não estatais pacíficos desempenham um protagonismo positivo na relação com os integrantes da sociedade civil. Segundo Oliveira (2016, p. 69), os atores de índole pacífica atuam em ambientes dispersos pelo mundo, utilizando as redes para se interconectar de maneira coordenada, para atingir seus objetivos humanitários, ambientais e pacifistas.

De outro lado, os atores de natureza violenta, como as organizações terroristas e o crime organizado, para Oliveira (2016, p. 69), atuam de maneira obscura e perigosa, e apresentam riscos à sociedade em geral e à segurança dos indivíduos nas diversas partes do mundo. Esses atores violentos utilizam-se de redes ramificadas para alcançar seus objetivos deletérios e catastróficos, provocando consequências devastadoras para a sociedade civil.

É importante assinalar que esses agentes interconectam-se por meio de comunicação instantânea, que, para Oliveira (2016, p. 60-61), poderá proporcionar grande visibilidade em seus planos, além da rapidez com que eles irão se propagar. As mensagens e informações eletrônicas que são emanadas desses atores, na rede, servirão de peças fundamentais para a administração de suas ramificações para fim de difundir seus ideais na sociedade em rede.

Desse modo, conquistaram uma maior eficiência e poder para alcançar seus objetivos ilícitos e obscuros, como mostra Oliveira (2016, p. 77). A velocidade com que se obteve essa multiplicidade no âmbito dos atores internacionais se deve a inúmeros acontecimentos que ocorreram na arena internacional ao longo dos anos. Bedin (2001, p. 323) observa, em particular, o reajuste que surgiu com essas novas tipologias de atores internacionais, trazendo a interdependência na cooperação entre os demais atores no cenário internacional.

Para melhor compreender essas questões, impõe-se voltar o olhar para a sociedade em rede e como ela ajudou a reconfigurar o mundo contemporâneo.

A SOCIEDADE EM REDE E A CONFORMAÇÃO DO NOVO MUNDO

Na década de 1970, iniciou uma grande revolução na tecnologia informacional, da qual resultaram consequências atemporais e significativamente importantes na contemporaneidade. Essa revolução, para alguns pesquisadores, teria surgido em verdade já na década de 1940 com base na microeletrônica, mas só obteve seu auge por conta das descobertas decorrentes a partir da Segunda Guerra Mundial, que se inter-relacionaram com computadores e Internet, dentre outros (Oliveira, 2005, p. 221).

Outro fator contribuinte foi a Revolução Industrial, a qual ficou conhecida por sua amplitude, que resultou na consolidação do capitalismo, na aceleração da produtividade e em diversas alterações no modo de produção, especialmente com a substituição da mão de obra por maquinários, os quais trariam como resultado o exponencial crescimento das manufaturas com menores custos.

Além dessas transformações no âmbito produtivo e consequentemente econômico, a Revolução também atingiu a sociedade como um todo, impactando no crescimento das cidades, urbanização e cultura.

Durante esse período, alguns países se sobressaíram com mais destaque em relação a outros, fazendo com que as diferenças sociais e econômicas ficassem mais visíveis. Dessa forma, os países que não conseguiram acompanhar o desenvolvimento causado pela Revolução Industrial na parte de incorporação da tecnologia intensiva nos processos produtivos, passaram a ocupar um lugar de menor projeto, como fornecedores de matéria prima ou de mão de obra. Esses fatos deflagraram uma nova forma de interação geopolítica mundial (Castells, p. 71-72).

Entretanto, e ao contrário da Revolução Industrial, a revolução tecnológica informacional originou-se nos Estados Unidos. Essa revolução contou com a pesquisa de cientistas e financiamento de empresários de diversos países a fim de desenvolver novas tecnologias que acelerassem as comunicações, aumentassem o poder de processamento, armazenamento e transmissão de informações.

Essa específica Revolução, também chamada por muitos de Terceira Revolução Industrial, trouxe impactos significantes e ensinamentos atemporais. Ou seja, foi um momento em que a dinâmica das relações foi um dos principais instrumen-

tos, ou até mesmo seu principal objetivo (FREITAS, 2017). Esse período foi marcado principalmente pela globalização e facilidade e dinamicidade na transmissão de informações e na comunicação, e novamente reformulando o capitalismo.

O capitalismo moderno, como já havia definido Weber (1987, p. 44-45), não é marcado propriamente pela circulação de moeda ou consumo, mas, sim, pela projeção de uma cultura compartilhada, o que se tornou ainda mais claro na revolução tecnológica. Diz o autor:

A questão das forças motivadoras da expansão do capitalismo moderno não é, em primeira instância, uma questão de origem das somas de capital disponíveis para uso capitalístico, mas, principalmente, do desenvolvimento do espírito do capitalismo. Onde ele aparece e é capaz de se desenvolver, ele produz seu próprio capital e seu suprimento monetário como meios para seus fins, e não o inverso.

Segundo Castells, a Revolução Industrial não teve como principal consequência a facilidade na produção e sim “um novo modo de desenvolvimento, o informacionalismo” (2008, p.54). Dessa forma, o informacionalismo surge como uma maneira de impulsionar o conhecimento e a produtividade, os quais se interligaram para que fosse possível a consolidação do capitalismo, baseado nas relações entre capital e trabalho (produção). Castells ainda destaca que, sem a tecnologia informativa, o capitalismo seria uma realidade econômica e geograficamente limitada (2008, p.55).

Alguns avanços que se destacaram na Revolução da Tecnologia Informacional foram a criação do computador digital, a utilização da radiodifusão e a popularização da telefonia celular digital, que tiveram uma visibilidade enorme por conta da sua velocidade de transmissão.

Nota-se que a sociedade, diante de tamanho avanço, passou a desfrutar não apenas da redução de custos de produção, mas também de compartilhamento de informação em larga escala e difusão dos instrumentos ou aparatos para essas interações cada vez mais instantâneas. Ao mesmo tempo em que a necessidade contribuiu para o desenvolvimento, a rapidez com que a sociedade se modifica pode ser tornar um empecilho, como enfatiza Castells:

(...) embora não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar seu desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado. Ou então, também

principalmente pela intervenção estatal, a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos.

Com a modernização tecnológica o desenvolvimento da sociedade em rede ampliou-se de maneira brusca e rápida, revelando a enorme influencia que a rede introduz na sociedade internacional. A sociedade em rede, ainda segundo Castells, é “uma sociedade cuja estrutura social é formada em volta das redes ativadas por tecnologia de comunicação e de informação processadas digitalmente e baseadas na microeletrônica” (2006, p. 20).

Na visão de Castells (2003, p. 7), a fluidez dessas novas tecnologias, bem como as mudanças tecnológicas que surgiram a partir delas, possibilita a comunicação instantânea e a construção de redes de informação que se propaga com eficiência no âmbito global. Castells (2006, p. 17) observa também que a sociedade vinculada com todos os seus interesses conduz a tecnologia presente no meio, para o fim de alcançar os seus objetivos.

Conforme surgiam inovações tecnológicas, o projeto da Internet tornou-se possível no final da década de 1960 nos Estados Unidos, como consequência dessa inovações desenvolvidas por acadêmicos e interesses militares, a fim de instituir uma tecnologia avançada e um sistema informático supostamente indestrutível. A sua história, pois, é intimamente relacionada com o desejo de uma rede militar que pudesse suportar rupturas em partes de seus nós, mas que, apesar disso, mantivesse sua integridade no conjunto:

Em 1973 foi apresentada a arquitetura básica da Internet. Era necessário, no entanto, introduzir um conceito novo: uma rede de redes, ou seja, a Arpanet deveria se conectar com outras redes de computadores. As redes, para se conectarem – falarem entre si – necessitavam de protocolos de comunicação padronizados. (OLIVEIRA, 2005, p. 228)

Cinco anos depois, o protocolo de controle de transmissão se tornou uma realidade, e a Internet finalmente começou a se propagar.

Na reta final do século XX, a sociedade já estava se estruturando nas redes, com comunicação aberta e a Internet, como forma de comunicação eletrônica ili-

mitada, e conquistou um avanço surpreendente nos campos de telecomunicação, provendo assim a uma nova estrutura de sociedade global.

Para Fazio (2012, p. 34), o papel de rede das redes - Internet- constitui a base para essa nova organização social, ao possibilitar a comunicação instantânea aos indivíduos das mais diversas partes do mundo, que assim agilizam o início e a participação de ações globais.

A rede insere-se na estrutura social da sociedade, que, por meio desta, quando se interconecta, cria fluxos ilimitados no mundo. Por assim dizer, se reinventam de acordo com as mudanças tecnológicas associadas à sociedade em âmbito internacional, excluindo toda e qualquer separação entre as nações, segundo Castells (2008, p. 566).

Para Garcia (2002, p. 40), as redes são articuladas de acordo com sua flexibilidade vinculada aos interesses dos mais diversos atores globais, bem como sua estrutura se fortalece a partir das questões sociais, políticas e econômicas, as quais são coordenadas por esses agentes. A percepção de alteração na capacidade da rede, juntamente com seus componentes, quando administrados por qualquer dos atores internacionais, gera grandes impactos na sociedade (OLSSON, 2016, p. 93). Esses impactos, mais, modificam-se dinamicamente de acordo com o interesse de cada ator decorrente da finalidade da qual foi empregada, e, do ponto de vista da articulação das mídias sociais, são decisivos para a afirmação de um novo espaço compartilhado de comunicação instantânea, como se verá a seguir.

AS MÍDIAS SOCIAIS E SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO PELOS ATORES VIOLENTOS

Castells relaciona (2015, p. 103) várias transformações importantes na revolução tecnológica em sua aplicação na comunicação. A primeira caracteriza-se pela “transformação tecnológica” com a digitalização da comunicação, nas redes de computadores e na difusão da capacidade de transmissão por rede sem fio. A segunda envolve a redefinição de emissores e receptores, que se relaciona à “estrutura organizacional e institucional da comunicação”, inserida na comunicação da sociedade, onde o emissor é a mídia, e o receptor corresponde às pessoas identificadas como consumidores dessa mídia.

Por fim, cada elemento que constituiu essa transformação da comunicação representa o “rosto” das relações sociais que formam a base da evolução do sistema midiático.

A liberdade de expressão e de comunicação na internet e no sistema de multi-mídia é, na maioria das vezes, restrito por burocracias governamentais, elites políticas e aparatos religiosos, os quais vedam a ideia comercial, quando afronta os ideais da elite nacional. No entanto, Castells (2015, p. 104) observa que os atores sociais e os cidadãos no planeta estão usando a sua capacidade em rede para propagar as suas mensagens e assim realizar seus interesses e objetivos

Esses atores estão cada vez mais conscientes dos seus papéis e suas instituições para a política da sociedade internacional. Assim, é mais fácil perceber como, em algumas partes do mundo, há mobilizações sociais e políticas, tendo como principal objetivo promover o grau de controle dos cidadãos no espaço da comunicação (2015, p. 104).

O emprego da chamada “Mídia Social” ocorre a partir do momento em que se agregam as novas tecnologias de comunicação, fazendo com que as apropriações sociais sejam geradas em torno destas, conforme Brambilla (2011, p. 14) observa. A maioria dos indivíduos acredita que a mídia social surgiu a partir das redes sociais, mas o surgimento dela efetivamente ocorreu há muito tempo atrás, com a Internet e sua ferramenta de interatividade, que progressivamente foram evoluindo. Essa mudança está na “horizontalização do processo de constituição da mídia” que teve como objetivo precípua a distribuição da mensagem.

Para McLuhan (1964, p. 23), “o meio é a mensagem”, porque é o que configura e controla a grandeza das ações humanas. O conteúdo que essas mensagens carregam e o modo como modificam o meio são utilizados de diversas formas a estrutura das associações humanas.

Brambilla (2011, p. 15) enfatiza que as redes sociais têm um papel relevante na revolução das mídias sociais, por criarem redes conectadas, onde circulam informações que são avaliadas e repassadas, constituindo um ciclo entre os indivíduos, assim estruturando de forma organizacional a sociedade baseada no interesse da coletividade. Nessa mesma linha, Camargo enfatiza a atuação da mídia que se baseia nessas redes conectadas:

Atuação da mídia – com sua capacidade de constituir e disseminarem larga escala realidades sociais por meio de seu discurso diário – compartilha com

os outros agentes a função de constituir a definição de regras, identidade e interesses. Em um momento dialógico, igualmente, a mídia é constituída e influenciada pela estrutura da realidade política internacional. (Camargo, 2008, p. 26)

Camargo (2008, p. 41) destaca a evolução e participação das mídias, quando o assunto é de âmbito internacional, porque elas possuem tanto o poder de persuasão quanto o de disseminação de uma ideia da informação. Portanto, elas têm a função de constituir e definir regras, interesses e identidades.

Ao longo do presente trabalho, é discutida a questão dos atores internacionais e a forma de como estes agentes influenciam a sociedade por meio das mídias sociais, que são instrumentos que possibilitam tanto a divulgação de um conteúdo, quanto a interação dos leitores com o assunto, provocando, dessa forma, uma relação mais intensa, direta e impactante.

Destarte, nota-se que a mídia, devido ao seu caráter comunicativo intenso e direto, possui o caráter de conduzir a relação e a informação de acordo com seus interesses. Essas mídias criam um vínculo que ultrapassa as fronteiras e faz com que elas alcancem outros países, constituindo, dessa forma, um fator que deve ser levado em consideração quando o assunto for relações transnacionais, uma vez que possuem a capacidade de modificá-las e influenciá-las decisivamente. Portanto, é inegável que as ações de inúmeros atores, inclusive Estados Nacionais, nos mais variados momentos, são impactados por elas.

Os atores internacionais de atuação violenta, por sua vez, são aqueles agentes que utilizam esses canais de comunicação de forma agressiva e perigosa para cumprir seus objetivos. Um exemplo desses atores não estatais que utiliza em larga escala a mídia social é o grupo terrorista Boko Haram.

Esse grupo extremista militante islâmico já deixou milhares de mortos em sua existência, nos embates que protagonizou para tentar fazer prevalecer sua ideologia e disseminar sua mensagem de ódio e intolerância. Atualmente, tem como principal objetivo construir uma república islâmica livre de influência ocidental.

Esse grupo obteve seu auge de visibilidade nos meios de comunicação em abril de 2014, quando os membros do grupo terrorista declararam guerra à educação e à cultura ocidental. O fato teve sua repercussão inicial no colégio feminino na cida-

de de Chibok, localizada no nordeste da Nigéria, em que militantes sequestraram cerca de 276 meninas, na sua maioria adolescentes, que estavam nas salas de aula.

Nos primeiros momentos da ação do grupo, dezenas de meninas conseguiram fugir de seus sequestradores, mas o resto foi levado aos acampamentos do grupo. Diversas crianças e adolescentes tiveram seu destino traçado por casamentos forçados com militares, outras acabaram sendo vendidas na prática do tráfico de pessoas, e ingressaram na prostituição.

A partir do momento em que o sequestro ocorreu, o presidente nigeriano, Mahamadu Buhari, começou as comunicações com o grupo terrorista para negociar o retorno das meninas para o país. Em torno desse acontecimento, observa-se um dos principais papéis da mídia, como ator instrumental (Gilboa 2002, p. 733). Esse autor destaca que o chamado ator instrumental é aquele que possibilita as negociações e acordos entre outros atores, para promover a resolução de conflitos existentes, através de um contexto de diplomacia midiática. A mídia, como ator instrumental, realiza suas atividades não somente pelas ações entre os países, mas pelo clamor público da sociedade internacional, conforme observa o autor. Nesse momento, é fundamental perceber que os meios de comunicação é que farão as mensagens serem entregues a todos os destinatários envolvidos.

Esses acordos, no caso referido, começaram a surtir efeito em duas ocasiões, em que o líder do grupo terrorista, Abubakar Shekau, exigiu do Governo Nigeriano que houvesse uma negociação de troca entre os presos e as meninas sequestradas (no qual o Governo Nigeriano obteve êxito em prender alguns dos terroristas). O presidente da Nigéria, em público, nega qualquer tipo de acordo desse tipo, mas as conversas entre os envolvidos seguiam a fim de resolver o conflito.

A mobilização dos pais e dos familiares nas redes sociais teve uma repercussão mundial, que teve êxito definitivo em outubro de 2016 (dois anos depois), quando vinte e uma meninas foram libertadas, graças ao clamor público e às negociações entre o grupo terrorista e o Governo, com o decisivo papel instrumental da mídia como ator.

A mídia social, assim, insere-se no contexto desses atores, “operando como relevante instrumento de mobilização e regulação governamentais das populações” (FREIRE FILHO, 2008, p. 82), bem como a utilizando para o engrandecimento e visibilidade de seu poder. Esses agentes a conduzem, em verdade, de acordo com a necessidade de seu protagonismo na arena mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, verifica-se que os atores internacionais não estatais desempenham um papel fundamental nas relações internacionais, conduzindo-se de maneira estratégica e eficaz na sociedade internacional, a fim de alcançarem todos os seus objetivos e realizar seus interesses. Nesse contexto, eles agem de forma autônoma em relação aos Estados, cada vez mais impactados, na sua soberania e capacidade decisória, pela multiplicidade de novos atores, inclusive de atuação violenta, como o crime organizado e as organizações terroristas.

Nota-se, com base na pesquisa, que a nova subclassificação dos atores não estatais, trouxe permitiu destacar os atores violentos, que se caracterizam por seus interesses perigosos e obscuros que ameaçam a segurança da sociedade civil. Esses atores organizam-se precipuamente em redes, coordenando-as para que seu desempenho seja cada vez mais articulado e difundido.

Verificou-se ainda que a sociedade internacional, no final do século XX, assistiu a um processo de organização e estruturação social com base nas redes interligadas, criando fluxos que transcendem os limites territoriais entre as sociedades nas suas respectivas nações. As redes são formadas e mantidas de acordo com a necessidade dos atores nos seus mais diversos interesses na esfera mundial, como para o fluxo de informação, propaganda e o conhecimento instantâneo. A sociedade em rede, na sua dinâmica, reinventa-se e modifica-se, conforme as transformações tecnológicas que ocorrem continuamente no espaço mundial, e através delas, difunde-se no âmbito global.

No que tange à mídia social, notou-se que esta é um ator emergente e instrumental no âmbito das Relações Internacionais, por agir de forma autônoma do controle do Estado e sua organização estrutural no que tange à influência que esse “instrumento” pode adquirir quando utilizado pelos atores internacionais de atuação violenta para conquistar seu objetivo.

A mídia, quando instrumentalizadas pelos atores internacionais de atuação violenta, não somente tem o poder de propagar as informações, como também exercer a influência sob a sociedade conectada, bem como agilizar as negociações entre os atores envolvidos. A forma de se comunicar instantaneamente faz com que esses atores tenham uma resposta rápida da população, obtendo um enorme clamor

público, e conduzindo no caminho para alcançar seus objetivos. Por exercer essa enorme influencia, a mídia age como ator instrumental nas relações internacionais, onde ganha progressivamente um papel significativo na construção da identidade internacional contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBÉ, Esther. *Relaciones internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995.

BASTOS, Sanny Tavares. **Mídias e relações internacionais: as mídias sociais como ferramentas de informação e mobilização**. Disponível em: < <http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/bitstream/123456789/2923/1/PDF%20-%20Sanny%20Tavares%20Bastos.pdf> > Acesso em: 25 jul.2017.

BRAMBILLA, Ana. **Para entender as mídias sociais**. 2011. Disponível em: < <https://www.slideshare.net/ambrambilla/para-entender-as-mdias-sociais> > Acesso em: 25 jul. 2017.

BEDIN, Gilmar Antonio. **A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem social justa e solidária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

CAMARGO, Julia Faria. **Ecossistema do Frigor: a invasão do Iraque em 2003: a mídia internacional e a imprensa brasileira**. 2008. 142 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: < http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1307/1/DISSERTACAO_2008_JuliaFariaCamargo.pdf >. Acesso em 20 jul. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. São Paulo; Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FAZIO, Marcia Cristina Puydinger de. **A sociedade civil global e a rede**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

FREIRE FILHO, João; MARQUES, Carla. Sob o domínio do medo: a construção de sujeitos temíveis e de sujeitos temerosos na mídia. In: FREIRE FILHO, João et al. (orgs). **Mídia e poder: ideologia, discurso e subjetividade**. Rio de Janeiro: Mauad, 2008, p. 81-113.

FREITAS, Eduardo De. **Revolução técnico-científico-informacional**. Disponível em: < <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/revolucao-tecnocientificoinformacional.htm> > Acesso em: 09/08/2017.

GARCIA, D. Linda. **The Architecture of Global Networking Technologies**. In: SASSEN, Saskia (Ed.). *Global networks: linked cities*. Nova York: Routledge, 2002.

GILBOA, Eytan. **Global communication and foreign policy**. 2002. Disponível em: <http://ics.leeds.ac.uk/papers/pmt/exhibits/1173/gilboa.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2017.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964.

NARANJO, José. **Boko Haram liberta 82 meninas sequestradas na Nigéria há três anos**. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/07/internacional/1494109382_054259.html > Acesso em: 15 jul. 2017.

OLSSON, Giovanni. O poder da sociedade em rede: o protagonismo dos atores não estatais. In: OLIVEIRA, Odete Maria de. (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global. Volume III**. Ijuí, Ed. Unijuí, 2016, p. 87-116.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais, direito e atores não estatais: delineamentos de fundamentação**. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais. Volume I**. Odete Maria de Oliveira. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 33-131.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **O protagonismo dos atores não estatais pacíficos e violentos: a revolução da rede de redes**. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). **Relações internacionais, direito e poder: atores não estatais na era da rede global. Volume III**. Ijuí, Ed. Unijuí, 2016, p. 39-86.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Teorias globais: impérios de poder e modos de produção**. Vol. II. Ijuí: Unijuí, 2005.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tomás J. M. K. Szmrecsányi. 5. ed. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1987.

17

A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Natasha Alves Ferreira²⁴¹

Resumo: O presente artigo, produzido mediante o método hipotético-dedutivo, abordará a forma de surgimento da sociedade da informação e seu funcionamento. A partir desse contexto, será possível entender a definição da economia do compartilhamento e quais são alguns de seus principais modelos. Por fim, a economia do compartilhamento será apresentada como possibilidade para uma sociedade sustentável.

Palavras-chave: Economia do compartilhamento; Sociedade da Informação; Sustentabilidade.

Abstract: This article, produced by the hypothetical-deductive method, will address the emergence of information society and its operation. From this context, it will be possible to understand the definition of the sharing economy and what are some of its main models. Finally, the sharing economy will be presented as a possibility for a sustainable society.

Keywords: Sharing economy; Information Society; Sustainability.

²⁴¹ Mestra em Direito pela IMED - Faculdade Meridional. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professora na Faculdade São Judas Tadeu. Advogada no Garrastazu Advogados. E-mail: naf.natasha@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A internet surgiu como um resultado do avanço tecnológico que acabou com as fronteiras físicas do conhecimento e da interlocução entre a população de todos os cantos do globo. Promoveu uma transformação na forma das pessoas se comunicarem, assim como na forma das pessoas fazerem negócios.

O compartilhamento de informações cresceu de forma tão intensa que a troca de dados entre dois pontos é insuficiente para alimentar o ímpeto de consumo de informações da nossa sociedade. O desenvolvimento das tecnologias com arquitetura *peer-to-peer*²⁴², baseadas no compartilhamento descentralizado de informações, ampliou as possibilidades de comunicação. Por meio desta inovação, a troca de dados não se dá entre um ponto e outro, mas sim por uma inter-relação entre todos os participantes de uma comunidade virtual. Cada usuário da rede²⁴³ *peer-to-peer* tem um fragmento de informação, possibilitando que ela funcione sem que todos os pontos estejam ligados entre si simultaneamente.

Simultaneamente, o desenvolvimento das tecnologias da informação, facilidade de conectividade, dispositivos e aplicações móveis, redes descentralizadas *peer-to-peer* e sistemas de geolocalização possibilitaram a automatização do gerenciamento de demanda, o aumento de interação social na internet pelos grupos de interesse ou comunidades, o que resultou no desenvolvimento de diversos serviços de economia compartilhada ou *sharing economy*. A divisão de recursos que antes ficava restrita ao círculo social do indivíduo se multiplicou milhares de vezes ao estabelecer um sistema seguro, simples e rápido de compartilhamento de recursos.

Com essas considerações, o presente artigo, produzido mediante o método hipotético-dedutivo, abordará a forma de surgimento da sociedade da informação e seu funcionamento. A partir desse contexto, será possível entender a definição da economia do compartilhamento e quais são alguns de seus principais modelos. Por fim, a economia do compartilhamento será apresentada como possibilidade para uma sociedade sustentável.

242 Arquitetura de redes onde cada um dos pontos de comunicação funciona ao mesmo tempo como cliente e como servidor, possibilitando o compartilhamento de informações ou dados sem a necessidade de um servidor ou nodo central.

243 Uma rede de computadores é um conjunto de dispositivos eletrônicos que trocam informações e compartilham recursos. São interligados por um subsistema de comunicação.

A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As novas tecnologias fazem parte do cotidiano de grande parte da população. É difícil imaginar um mundo sem computadores, celulares, e-mails, entre outros. As pessoas estão interligadas com o mundo, as notícias são vinculadas instantaneamente, é possível ter contatos em praticamente qualquer lugar do globo terrestre. A informação circula de forma rápida e em tempo real, entretanto, as possibilidades de uso cada vez maiores fazem das redes de computadores um espaço novo, com problemáticas e situações diferentes a serem enfrentadas pelo homem moderno.

É inegável que a internet provocou uma revolução tecnológica, diminuindo as distâncias, incrementando a comunicação e a disseminação do conhecimento, bem como criando perspectivas econômicas diferentes. A internet e a informática são capazes de aproximar pessoas do outro lado do mundo, porém, também são capazes de criar um abismo entre pessoas próximas, tendo em vista que sem a internet as pessoas costumavam buscar contatos próximos ao local em que viviam, e, com os atuais inventos tecnológicos, busca-se ter contatos com pessoas que tenham as mesmas afinidades, e que, conseqüentemente, podem estar em qualquer lugar do planeta.

Nesse contexto baseado em comunicação e transferência de informações e dados, o poder da informação pode ser “tão nefasto quanto o poderio bélico almejado por séculos pelas nações como um indicador de poder e domínio sobre os povos”. (FORTES; BOFF; CELLA, 2014)

A partir da interligação de computadores e celulares de forma simultânea à internet, existe uma ampla gama de escolhas, diminuiu-se a restrição de informações. A compreensão de mundo pode tornar-se mais vasta. A extensão e expansão do ciberespaço²⁴⁴ trazem mais liberdade, comunicação e interdependência aos que têm acesso. O aumento de liberdade gera uma oportunidade de autonomia da expressão a uma escala sem limites, se comparada com os meios de comunicação anteriores. Além disso, o livre acesso às informações, assim como as possibilidades de asso-

244 O ciberespaço pode ser definido como "o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores". LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irinel da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1999. p.92.

ciação e de contato desenvolvem-se de maneira surpreendente nas comunidades virtuais de toda a espécie. (LÉVY, 2002)

Paralelamente à internet, surgem novas tecnologias, que geram diferentes espaços de comunicação. Os novos meios de interação encontram-se cada vez mais desterritorializados, eclodindo uma infinidade de possibilidades de escolhas de novos meios de informação e comunicação. Assim, os elementos característicos do Estado – povo, território e poder (soberano) – não permanecem. Ocorre a modificação do clássico conceito de território pela internet, permitindo a superação das limitações geográficas no ciberespaço. Além disso, a noção de soberania perde sua relevância, diante da economia globalizada e dos tratados internacionais. (LIMBERGER, 2007/2008)

A globalização é a responsável pelo reaparecimento das identidades culturais em diversas partes do mundo (GIDDENS, 2006). A contínua transformação da comunicação na era digital amplia o alcance dos meios para todos os domínios da vida social, numa rede que é simultaneamente global e local, genérica e personalizada (CASTELLS, 2013). Apesar da sociedade não determinar a tecnologia, ela pode sufocar seu desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado. Ou, pela intervenção estatal, a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos. Contudo, o que caracteriza a atual revolução tecnológica é a aplicação dos conhecimentos e da informação para a geração de conhecimentos. (CASTELLS, 2009)

A fim de entender como a sociedade pode conviver de forma mais harmônica com os avanços tecnológicos e com as novas formas de organização em rede, é preciso, antes, compreender o conceito de sociedade da informação. De acordo com Kleve e Mulder (2008), a tecnologia da informação está transformando a sociedade. A era da informação e as mudanças trazidas por ela são mais identificáveis e aparentes nas comunicações e veículos de massa. Essas mudanças afetam a economia, pois os mercados tornam-se globais. Dessa forma, a troca de informações é uma característica do mercado e se elas ficam mais acessíveis e baratas os mercados funcionam de modo mais eficiente e se tornam globais. Além disso, a informação transforma-se em um produto primário, pois em sociedades com saturação de bens materiais, a indústria da informação começa a ter grande influência no comportamento da sociedade.

A sociedade da informação pode ser entendida como uma proposta multidisciplinar com influências de diferentes áreas de pensamento, sendo integrada pelo uso de tecnologias de informação e comunicações (TIC), visando à cooperação e o compartilhamento de conhecimento entre os atores, com a finalidade de disseminar a formação de competências na população. Esses atores são os governos, as universidades e as empresas, que estimulam um maior número de pessoas a trocar informações e serviços, fortalecendo a rede como um todo. Já as competências podem ser entendidas como a articulação das pessoas, recursos técnicos e organizacionais necessários para expandir o aprendizado nas empresas a fim de ofertar valor aos seus clientes (POLIZELLI; OZAKI, 2008).

Para compreender melhor a sociedade da informação, verifica-se a necessidade do entendimento do seu contexto histórico de surgimento. Um dos principais referenciais para o projeto de sociedade da informação foi os Estados Unidos, em especial por terem sido o primeiro país a desenvolver o computador durante a Segunda Guerra Mundial. Contudo, para alguns autores a sociedade da informação antecede o desenvolvimento tecnológico, já que “a tecnologia não pode ser desvinculada dos valores, interesses e de todo um contexto social” (POLIZELLI; OZAKI, 2008). Assim, a sociedade da informação pode ser entendida como uma série de práticas cotidianas que visam melhorar as condições de vida da população.

Como consequência, a importância da sociedade da informação ocorre por sua dimensão político-econômica, que decorre da contribuição da infraestrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Ademais, existe uma marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao diminuir as distâncias entre pessoas e ampliar o nível de informação. (TAKAHASHI, 2000)

A partir do surgimento da era do computador, a sociedade da informação se propaga com maior força por diversos países, dentre eles o Brasil. De acordo com o trabalho elaborado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia brasileiro, a sociedade da informação representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, podendo ser considerada um novo paradigma técnico-econômico. Além disso, é um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, tendo em vista que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão afetadas pela infraestrutura de informações disponível. (TAKAHASHI, 2000)

O desenvolvimento da sociedade da informação traz uma *nova economia*, o que gera a preocupação de buscar a geração de um impacto positivo no Brasil, sendo necessária a participação do maior número possível de pessoas, organizações e regiões como usuárias ativas das redes avançadas de informação. Assim, o programa, apresentado no livro elaborado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, busca contribuir para: a construção de uma sociedade mais justa, visando à observância de princípios e metas relativos à preservação da identidade cultural brasileira, fundada na riqueza da diversidade; à sustentabilidade de um padrão de desenvolvimento que respeite as diferenças e busque o equilíbrio regional e, por fim, à efetiva participação social, que seria o sustentáculo da democracia política. (IBIDEM)

Para a sociedade da informação, o acesso à informação e ao conhecimento é essencial ao fomento da inovação e do caráter criativo na economia da informação. Entretanto, a informação se tornou a real moeda de troca das sociedades, e não mais o capital, por meio das mudanças estruturais comprovadas a partir da economia da informação. Dessa forma, essa mudança de moeda de troca “evoca um processo de escambo intangível e desperta um movimento interessante de busca de novas formas de proteção” (POLIZELLI; OZAKI, 2008). A sociedade não está sendo apenas modificada pela tecnologia, mas gerando tecnologia a partir das suas transformações. Nesse contexto da sociedade da informação surge a economia do compartilhamento, o que restará aprofundado a seguir.

A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Concomitante à sociedade da informação, a economia do compartilhamento surgiu como um fenômeno tecnológico, em 1995, juntamente com a criação de negócios online²⁴⁵ como eBay e Craigslist (REINHART, 2014). Os dois portais não funcionavam exatamente como os atuais aplicativos de economia do compartilhamento, mas forneceram ferramentas de reputação e confiança que são a sua base de funcionamento. Por exemplo, quando os usuários do eBay realizam a comercialização de itens usados, eles estão dando uma destinação para um item subutilizado.

Esses novos formatos de negócios, que se baseiam em sistemas de confiança por reputação, desenvolveram comunidades que se beneficiavam mutuamente comprando ou vendendo produtos e serviços e gerando motivações constantes para que essa confiança não fosse quebrada, garantindo assim uma manutenção sustentável de seus modelos de negócio.

O eBay, um dos precursores da economia compartilhada ou sharing economy, é uma plataforma de comércio social ou social commerce (MARSDEN, 2009). Porém, o termo foi cunhado por Steve Rubel em seu blog a respeito do Yahoo!'s Shoposphere (WANG; ZHANG, 2012), que introduzia recursos que permitiam aos usuários comentarem e postarem avaliações sobre produtos. Ou seja, o social commerce pode ser definido como um comércio eletrônico no qual o usuário gera conteúdo para a plataforma online, seja colocando produtos à venda, escrevendo resenhas e avaliando produtos ou de alguma forma participando ativamente de alguma das etapas do processo comercial.

Embora o eBay ainda não possuísse recursos mais elaborados de dinâmicas sociais, que estão disponíveis hoje em dia, ele já funcionava com sistemas de avaliação que permitiam que o conteúdo gerado por um usuário (avaliação) influenciasse na tomada de decisão de compra de outro usuário, ao decidir se um vendedor era confiável ou não, baseado nas informações publicadas por outros usuários.

Os indivíduos são unidade fundamental e razão principal para a socialização, o comércio, o avanço tecnológico e a produção ou utilização da informação. No social commerce as pessoas podem ser: consumidores ou vendedores individuais, representados por empresas de pequeno/grande porte ou comunidades usuárias/beneficiárias da tecnologia. O componente tecnológico se preocupa com a infraestrutura das plataformas como hardware²⁴⁶, software²⁴⁷, aplicações, serviços e similares (WANG; ZHANG, 2012).

Assim, as empresas que possuem e operam tais plataformas online não controlam o compartilhamento. Em vez disso, o desenvolvimento é liderado por dinâmicas sociais, tais como prazer e auto-marketing da comunidade. Assim, o consumo colaborativo é uma atividade de *peer-to-peer* baseada na obtenção, doação, ou compartilhamento do acesso a bens e serviços, coordenados por meio de serviços online baseados na comunidade (HAMARI; SJÖKLINT; UKKONEN, 2015).

²⁴⁵ Estar conectado à internet.

²⁴⁶ A parte física de um computador, formado pelos componentes eletrônicos.

²⁴⁷ Todo programa armazenado em discos ou circuitos integrados de computador

Desse modo, o fenômeno da economia do compartilhamento pode ser entendido como um sistema econômico baseado no compartilhamento de bens ou serviços subutilizados de forma direta entre os indivíduos, podendo se dar gratuitamente ou mediante uma tarifa. Dessa forma, envolve trocas totais ou parciais de produtos, serviços ou dados a partir de plataformas de diferentes tecnologias com objetivos distintos, com propósitos de lucro ou não e de diferentes graus de interação social (BOTSMAN, 2013). Pode ocorrer uma confusão em relação à definição desse fenômeno, causada em grande parte devido às variações na terminologia da *sharing economy* que muitas vezes oferece definições muito amplas (HAMARI; SJÖKLINT; UKKONEN, 2015).

Percebe-se que a ideia por trás da economia do compartilhamento é simples: os consumidores compartilham os bens quando os custos de transação relacionados com a coordenação das atividades econômicas, no seio de determinadas comunidades, são baixos. As práticas do compartilhamento tornaram-se um fenômeno muito difundido a partir do desenvolvimento da informação e da tecnologia de comunicação social que conecta facilmente os desconhecidos, suporta a colaboração *peer-to-peer*, aumenta os incentivos para cooperar, adquire informações sobre o passado e presente, e prevê o comportamento futuro dos participantes envolvidos nas práticas de compartilhamento. Além disso, o preço do compartilhamento é significativamente mais baixo do que o preço de possuir (RANCHORDÁS, 2014).

É possível verificar que a tecnologia na economia compartilhada vem reduzindo os custos de transação, fazendo com que o compartilhamento de bens seja mais barato e mais fácil. Além disso, os aplicativos de economia do compartilhamento conseguem conectar pessoas de uma comunidade específica, ou até mesmo de forma transnacional, através da tecnologia.

De acordo com Botsman (2015), frequentemente o termo economia do compartilhamento é utilizado de forma incorreta. Muitas vezes há um modelo de eficiência entre a oferta e a demanda, entretanto não há colaboração ou compartilhamento envolvidos. Em relação à terminologia economia compartilhada existe uma confusão proveniente do novo comportamento dos consumidores, que usam os smartphones como um controle remoto que acessa de forma eficiente as necessidades do mundo real.

Um dos principais problemas da utilização incorreta do termo economia compartilhada é a confusão com expressões como economia colaborativa e consumo

colaborativo. A economia colaborativa pode ser entendida como um sistema econômico de redes e mercados descentralizados que desbloqueia o valor dos ativos subutilizados através do binômio precisar e possuir, de forma a ignorar os intermediários tradicionais (BOTSMAN, 2015), estando o consumo colaborativo inserido dentro da economia colaborativa (IDEM, 2013). O consumo colaborativo pode ser definido como a reinvenção dos tradicionais comportamentos do mercado – transações, empréstimos, trocas, compartilhamentos – por meio da tecnologia, ocorrendo de formas e em escala que não seriam possíveis antes da internet.

Em vista disso, o consumo colaborativo e a economia do compartilhamento são muitas vezes considerados como sinônimos. A economia do compartilhamento, assim como os serviços sob demanda, está inserida dentro do consumo colaborativo. Os serviços on-demand ou sob demanda são plataformas que combinam diretamente as necessidades dos clientes com os fornecedores para entregar de forma imediata bens e serviços (IDEM, 2015). Entretanto, apesar da distinção, ambas as formas de práticas colaborativas trazem riscos semelhantes para os usuários e representam desafios semelhantes aos reguladores.

É importante ressaltar, que apesar da possibilidade dos serviços sob demanda serem considerados como economia do compartilhamento ou consumo colaborativo, existem riscos para os consumidores, assim representam desafios semelhantes à economia do compartilhamento aos legisladores, independentemente da sua classificação.

Na economia do compartilhamento é possível distinguir as transações entre operações orientadas para o lucro e permutas exclusivamente sem fins lucrativos, ou práticas para auxiliar as minorias, ou ajudar os vizinhos. No último caso, o principal objetivo da iniciativa é fortalecer o senso de comunidade e aprender com o intercâmbio cultural, o que pode ser qualificado como uma inovação social e devendo se beneficiar de um regime regulamentar menos rigoroso (RANCHORDÁS, 2014).

De acordo com Belk (2007), o compartilhamento seria uma alternativa à propriedade privada, uma vez que duas ou mais pessoas podem desfrutar dos benefícios de possuir temporariamente um bem. Em vez de definir a propriedade como pertencente a alguém, é definido o conceito de nós para o compartilhamento de uma casa de férias, ou até mesmo coisas mais abstratas como conhecimento, responsabilidade e poder.

Entre as causas econômicas que impactaram na potencialização da economia do compartilhamento está a crise mundial de 2008, que culminou na quebra de diversas instituições financeiras, como o Lehman Brothers, e que gerou recessão em diversos países ditos de primeiro mundo e com grande capital acumulado. Esse capital acumulado e subutilizado na forma de bens ou serviços (capital humano e intelectual), a partir da tecnologia da informação, foi distribuído de forma mais equilibrada entre as pessoas que tinham um recurso ocioso e precisavam gerar renda e os indivíduos que não tinham recursos suficientes para adquirir um bem ou serviço e poderiam, através do compartilhamento, usufruir deste bem a um custo mais acessível.

Uma maior preocupação das pessoas com relação às questões ambientais também influenciou muitos consumidores a dividirem seus recursos com o objetivo de causar menor impacto para o meio ambiente. Esse novo modelo de consumo, sob o ponto de vista econômico, se faz essencial, pois os recursos são limitados enquanto que os desejos podem ser ilimitados. Para que a sociedade possa maximizar seu bem-estar é vantajoso compartilhar recursos escassos mediante a economia do compartilhamento. De acordo com pesquisa realizada por Hamari, Sjöklint, e Ukkonen (2015), foi identificado que a sustentabilidade é um fator de formação de atitudes positivas em relação ao consumo colaborativo. Apesar disso, o benefício econômico, se comparado com a sustentabilidade ainda é um fator mais decisivo na tomada de decisão para participar do consumo colaborativo.

Estimular a inovação tecnológica e social nos momentos de crise econômica é importante, já que diversas formas de práticas inovadoras na economia do compartilhamento e no consumo colaborativo, frequentemente, não apresentam fins lucrativos. Ou seja, são projetados para melhorar o acesso a bens compartilháveis, que de outra forma seriam inacessíveis para os mais pobres, combatendo o individualismo e, assim, capacitando as comunidades. Cooperativas entre vizinhos para compartilhar itens, baby-sitter para crianças, ou fornecer assistência aos idosos são alguns exemplos de inovações que ampliam o pensamento no caso da inovação empresarial. Em vez de analisar a inovação tecnológica em si mesma (a plataforma utilizada para conectar os usuários da economia do compartilhamento), a atenção deve ser dedicada à dimensão das inovações dos serviços e suas vantagens e desvantagens. Dessa forma, a tecnologia desempenha um papel secundário, uma vez que é apenas um elemento facilitador para a concretização de uma ideia. (RANCHORDÁS, 2014)

A economia do compartilhamento não é uma solução de cima para baixo, ou seja, não será imposta por um conjunto de legislações. Além disso, não é necessário esperar por uma grande organização ou empresa para oferecer uma solução. A economia compartilhada está sendo construída a partir do zero por cada grupo individual que escolhe começar a consumir, transigir, ou ganhar a vida de uma maneira nova (KASSAN; ORSI, 2012).

Nesse cenário, existem diversos modelos conhecidos e difundidos pelo mundo de economia do compartilhamento. Como modelos principais de economia de compartilhamento destacam-se: Uber, Lyft, BlaBlacar, Airbnb, couchsurfing, RelayRides, JustPark, Landshare, Cohealo, e Refugees Welcome.

O Uber e o Lyft são aplicativos de transporte privado, que oferecem o serviço utilizando-se uma rede de motoristas cadastrados em sua base de dados. Seguindo a mesma linha dos dois aplicativos, o BlaBlaCar liga pessoas que farão viagens e possuem espaço no seu carro com pessoas que precisam de caronas para o mesmo local. Por intermédio de uma plataforma que faz a ligação entre os dois pontos é possível encontrar pessoas indo para diferentes lugares. Por exemplo, uma viagem de Dublin, na Irlanda, até Belfast, na Irlanda do Norte, custa em torno de dez euros por passageiro que pegar a carona. O proprietário do veículo indica o número de vagas disponíveis, a data e o horário da viagem, assim como o modelo do automóvel.

O Airbnb é um serviço tipicamente de economia do compartilhamento em que os proprietários de casas alugam, ou apenas cômodos delas, em períodos em que não as estão utilizando. Dessa forma, os proprietários ganham dinheiro com um imóvel subutilizado. Dentro da perspectiva de uma rede social e uma plataforma de economia do compartilhamento, o *couchsurfing* liga turistas que querem se hospedar gratuitamente com anfitriões que querem receber esses visitantes nas suas residências. A ideia da rede é criar amizades baseadas em uma rede de confiança que se de um sistema de reputação para garantir segurança para todos os usuários da plataforma.

Como uma opção para aluguel de carros, o RelayRides é uma plataforma em que os proprietários podem alugar seus carros para usuários interessados em locar carros ociosos por valores menores do que em empresas de aluguel de veículos. O serviço disponibiliza os carros na porta da casa dos locatários ou no aeroporto. Além disso, garante um seguro e assistência 24/7 (vinte e quatro horas por dia em todos os dias da semana).

O JustPark é um serviço inglês de compartilhamento de estacionamentos ociosos entre usuários. A rede liga proprietários de espaços residenciais e comerciais para alugar como estacionamento para usuários que precisam de estacionamento por períodos curtos ou até períodos fixos durante a semana.

Com o crescimento de cultivo de comida em pequenas propriedades, ou *home-grown food*, a Landshare aproveitou a oportunidade para ligar proprietários de terras que têm interesse em alugá-las com produtores que necessitam delas. Hoje a empresa conta com mais de 55 mil produtores, participantes e colaboradores.

Criada para possibilitar o gerenciamento de ociosidade de equipamentos médicos, plataforma americana chamada Cohealo reduz os custos para investimentos em equipamentos que não serão utilizados em tempo integral. Também possibilita o acesso a custos bastante reduzidos a hospitais e clínicas que não teriam capacidade de investimento ou não têm demanda suficiente para pagar o investimento.

Como exemplo de maior destaque ligado à ideia de sustentabilidade, o Refugees Welcome, também conhecido em Portugal como *Refugiados Bem-Vindos*, surgiu com a intenção de acomodar refugiados em casas particulares. Dessa forma, os refugiados podem ter acesso a uma habitação condigna, com a possibilidade de aprender a língua do país em que foram acolhidos e mais facilmente adaptar-se à sua nova realidade. Além disso, a pessoa que acolhe terá contato com uma nova cultura e estará contribuindo para ajudar uma pessoa a ultrapassar uma situação difícil.

A ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO COMO UMA POSSIBILIDADE DE SOCIEDADE SUSTENTÁVEL

Um significativo número de usuários vê com positividade o compartilhamento de bens e sistemas, tendo em vista que atualmente se tem acesso a uma grande quantidade de serviços por um preço mais baixo, além de poder conhecer outros membros das suas comunidades e ter uma fonte extra de renda. Esses são exatamente os tipos de inovação necessários em um momento de crise econômica e maior individualismo. O aumento das práticas de compartilhamento e consumo colaborativo são uma reação contra a cultura de consumo ocidental tradicional e se encaixa dentro de uma cultura de sustentabilidade e uma recente onda de inovação social. (RANCHORDÁS, 2014)

Como já foi dito anteriormente, uma maior preocupação das pessoas com relação às questões ambientais foi um dos aspectos que influenciou muitos consumidores a dividirem seus recursos com o objetivo de causar menor impacto para o meio ambiente. Tendo em vista que os recursos são limitados, esse novo modelo de consumo é essencial. Assim, para que a sociedade possa maximizar seu bem-estar é vantajoso compartilhar recursos escassos mediante a economia do compartilhamento. A sustentabilidade é um fator de formação de atitudes positivas em relação ao consumo colaborativo (HAMARI; SJÖKLINT; UKKONEN, 2015). Apesar disso, o benefício econômico, se comparado com a sustentabilidade, ainda é um fator de maior importância na tomada de decisão para participar da economia do compartilhamento.

A sustentabilidade deve ser entendida como um modo de autoregulação e autopreservação da Terra, independente da ação humana, buscando a preservação de todos os seres vivos no seu interior. Sendo uma tarefa histórica que deverá ser vivenciada, ultrapassando os horizontes, por vezes limitados, econômicos ou tecnológicos. Apenas dessa forma, a expressão “sustentabilidade” evitaria se tornar uma mentira existencial (AQUINO, 2014).

Uma sociedade sustentável deve ser entendida sob a ótica do preâmbulo da Carta da Terra. Essa carta é uma declaração de princípios éticos fundamentais para a construção, no século 21, de uma sociedade global justa, sustentável e pacífica. Esse documento foi aprovado no ano 2000, na Unesco, em Paris, após 8 anos de discussões envolvendo 46 países, entre eles o Brasil. A sociedade sustentável global deve ser baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para que se chegue a esse propósito, o documento afirma a necessidade de declaração de responsabilidade pelos povos da Terra uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações. (CARTA DA TERRA, 2016)

Veiga reforça que para a sustentabilidade, “é necessária uma macroeconomia que, além de reconhecer os sérios limites naturais à expansão das atividades econômicas, rompa com a lógica social do consumismo” (VEIGA, 2010). Atualmente, para Veiga, essa macroeconomia é inexistente. Assim, diante da crise de insustentabilidade com a qual a humanidade se defronta surge a dúvida sobre a necessidade de uma transformação radical do modelo dominante de civilização, ou se tal crise pode ser superada com inovações, adaptações e reformas incrementais (IBIDEM).

Diante da presente dúvida, é que a economia do compartilhamento surge como uma possibilidade de sociedade sustentável.

Políticas transformativas, para Heinrichs, são necessárias tanto nas esferas sociais como nas esferas econômicas. O espectro de desafios varia de impactos na justiça intrageracional e intergeracional causada pelo aumento da desigualdade social internacional e intranacional às mudanças socioeconômicas relacionadas com as alterações demográficas globalmente divergentes e a necessidade de modelos de negócios sustentáveis. Também causada pelas decisões participativas na política e na sociedade, a fim de promover a inclusão social, a perguntas fundamentais sobre os limites da combinação de crescimento econômico com sustentabilidade ambiental. No entanto, o resultado de iniciativas ambientais e sustentáveis locais, nacionais e internacionais ainda é limitado. (HEINRICHS,2013)

Diante desta situação, novos caminhos para promover o desenvolvimento sustentável precisam ser explorados e abordagens ambientais e de sustentabilidade básicas, tais como a eficiência, consistência e suficiência continuam a ser indispensáveis. Porém, eles precisam ser mais cautelosamente refletidos nas suas potencialidades e limites para transformação da sociedade. As estratégias de eficiência necessitam ser verificadas de forma rigorosa em relação ao efeito rebote. (IBIDEM)

Já as estratégias de consistência devem ser testadas mais sistematicamente quanto à sua sustentabilidade de longo prazo como, por exemplo, as energias renováveis, os metais raros ou a bioenergia e o uso da terra renovável. Por último, as estratégias de suficiência com uma abordagem de consumidor individual, sem desenvolver uma estrutura política de sustentabilidade coerente, possivelmente irão desempenhar apenas um papel menor na melhoria sustentabilidade. (IBIDEM)

De acordo com Kassan e Orsi (2012), a visão original foi baseada na falsa suposição de que a economia poderia crescer continuamente. Ou seja, a realidade é que se têm usado os recursos do planeta de modo mais rápido do que eles podem ser repostos, e o sistema econômico atual foi construído criando um fosso cada vez maior entre os ricos e os pobres. Isso significa que a nova economia que foi construída não deve apenas ser sustentável, deve agora regenerar a abundância econômica e ecológica necessária para que todos possam prosperar novamente. Assim, cada pessoa deveria adotar um novo plano para o futuro. Na verdade, na visão dos autores, quanto mais cedo for possível abandonar os planos originais, maior a probabilidade de que a transição seja feita graciosamente para uma nova economia viável. Dessa

forma, uma maneira de entender como a nova economia funciona seria olhar para três componentes separadamente: consumo, produção e troca. (IBIDEM)

Dessa forma, a economia do compartilhamento se apresenta como uma alternativa viável e necessária ao consumo: as pessoas podem ter acesso a muitas coisas que precisam sem ter que possuí-las. Logo, o direito de acessar algo resultará de uma série de novas relações como de um acordo para emprestar e compartilhar um item ou, até mesmo, ser membro de um grupo de amigos, uma cooperativa, uma organização sem fins lucrativos ou um serviço que nos dá acesso a algum item. No futuro, bibliotecas de empréstimo de ferramentas, empréstimos e financiamentos, clubes de compartilhamentos de carros e o compartilhamento da propriedade será a nova norma. (IBIDEM)

Em muitos aspectos, é mais fácil reinventar a participação no consumo do que na produção, particularmente quando se trata do trabalho exercido por uma pessoa. Repensar a participação no trabalho é assustador, já que se relaciona com o medo de perder o emprego. Atualmente, empregos estão se tornando cada vez mais escassos. Os governos e as organizações sem fins lucrativos gastam milhões em criação de feiras de emprego e workshops para currículo escrito, como se isso pudesse lidar com o fato de que não há empregos suficientes para todos. A nova economia vai afastar a dependência de postos de trabalho criados para as pessoas, assim, gerando meios para que se crie seu próprio meio de sustento. (IBIDEM)

Outra forma possível de participação na produção é com o capital. Muitas coisas que exigem um grande investimento de recursos como fazendas, construção de casas, instalação de energia solar, e assim por diante. Na economia atual, geralmente, uma das poucas maneiras de contribuir com o capital para projetos e empresas ocorre pela bolsa de valores. Entretanto, investir o dinheiro na bolsa de valores geralmente significa que a riqueza e os recursos deixam de contribuir com as comunidades para, muitas vezes, ajudar em obras de grandes empresas. Nesta nova economia, serão desenvolvidas maneiras de manter os recursos de forma local, usando o capital para apoiar projetos que beneficiem as comunidades e as pessoas em geral. (IBIDEM)

Por meio da economia do compartilhamento, uma grande variedade de mecanismos de troca e intercâmbio é possibilitada. Atualmente os indivíduos são praticamente dependentes do dinheiro para realizar transações com o outro, o que

significa que muitas pessoas são excluídas dessas transações quando elas não têm acesso a ele. (KASSAN; ORSI, 2012)

A partir das ideias de compartilhamento de recursos e serviços surge a questão de como transformar tudo isso em uma nova economia para satisfazer as necessidades das pessoas e as demandas dos novos modelos de empresas e das novas formas de trocas. A construção de plataformas pode contribuir para o surgimento da nova economia. Kassin e Orsi as dividem em quatro níveis, não classificadas em ordem de progressão.

No primeiro nível da economia do compartilhamento, inicia-se a construção de um relacionamento casual de transação única em operações casuais e espontâneas. Estas transações podem incluir coisas como tomar um utensílio emprestado do vizinho, emprestar o carro para alguém, enviar um recado para outra pessoa ou dar a um vizinho alguns legumes sobressalentes cultivados no jardim.

Todas estas atividades parecem bastante simples, mas que atualmente as pessoas não as fazem constantemente. Tais transações ocorrem naturalmente dentro comunidades de pessoas que conhecem e cuidam umas das outras ou entre os vizinhos de prédio, quando se conhecem o suficiente e já passaram tempo juntos. Porém, de modo geral, as pessoas tendem a não conhecer seus vizinhos e, portanto, não pensam neles quando precisam de algum favor ou possuem algo para compartilhar. O desafio da sociedade é construir uma comunidade de forma a catalisar essas operações e de aumentar dramaticamente a maneiras de compartilhar, pedir emprestado e emprestar coisas entre amigos e vizinhos.

Já no segundo nível, construção de acordos, a criação de favores e compartilhamentos casuais e espontâneos só irão adiante se atenderem às necessidades das pessoas. Qual a necessidade e por que se deseja construir acordos para compartilhar e transacionar são perguntas que precisam ser respondidas para a construção de acordos. Os acordos criam um relacionamento que pode ir ao encontro das necessidades da comunidade. Ao invés de empréstimos casuais seria possível criar acordos regulares de disponibilidade de bens ou serviços ociosos. Isso garantiria que as pessoas assegurassem a utilização ociosa de algo ocioso quando precisassem. Na economia do compartilhamento todas as pessoas farão parte de múltiplos acordos simultâneos para, por exemplo, garantir cuidados às crianças (baby-sitter), compartilhamento de posse ou empréstimos regulares de carros, compartilhamento de espaços de trabalhos ou permuta de bens ou serviços.

O terceiro seria a construção de organizações. Uma componente chave da economia do compartilhamento é a construção de organizações, pois elas existem, ou continuam, mesmo quando as pessoas vão embora. As organizações se tornam instituições duradouras presentes nas comunidades, o que é especialmente importante na criação de uma economia resiliente que consiga suportar as mudanças do mundo.

Um exemplo de uma organização é um grupo de vizinhos formado pelo propósito de compartilhar carros no bairro. A organização tomaria providências para que as pessoas entrassem e saíssem desta comunidade como fosse conveniente, garantindo a sua existência e o seu funcionamento mesmo com a saída e entrada de membros. Outros exemplos de organizações podem ser: comunidades de residências compartilhadas, cooperativas de alimentação, espaços de *coworking*²⁴⁸, grupos de empréstimos de ferramentas ou bancos de tempo, que poderiam ser usados para permutar favores dentro de uma comunidade.

Como quarto nível há a construção de uma infraestrutura de larga escala. A criação de plataformas da economia do compartilhamento para melhoria da infraestrutura das cidades é um processo que envolve cooperação de várias partes interessadas e necessita ser liderada pelos governos locais. A criação de espaços de compartilhamento dentro dos bairros, ou até mesmo de bicicletas, em nível de bairro, gerenciado pelas cidades poderia trazer benefícios de infraestrutura das que beneficiariam um grande número de moradores e facilitaria a interação entre eles.

É possível considerar uma ligação entre a economia do compartilhamento e a sustentabilidade através da sua observação em comparação com as práticas econômicas não sustentáveis. Dessa forma, os locais onde as ações de sustentabilidade, com base na comunidade, fundem ativismo e empreendedorismo têm como resultado pequenas empresas. Do ponto de vista da diversidade, a economia do compartilhamento pode ser tanto uma cooperativa alimentar solidária como uma plataforma privada para distribuição de comida local, como o FarmDrop, em que os usuários escolhem seus alimentos de mais de 70 agricultores e produtores de comida e entregam a refeição já pronta na casa dos consumidores. (MORGAN; KUCH, 2015)

As dimensões-chave da conexão entre economia do compartilhamento e o discurso da sustentabilidade são: a relevância dos valores materialistas e pós-materialistas relacionados às práticas de consumo juntamente com uma reflexão de no-

²⁴⁸ Local onde várias pessoas podem compartilhar os mesmos recursos de um espaço para trabalhar.

vos resultados da pesquisa da felicidade neste contexto; a influência da consciência ambiental e sustentabilidade na mudança de hábitos e práticas de consumo; o debate mais amplo sobre os limites para o crescimento (material) e novos indicadores de riqueza e qualidade de vida como a macropolítica, irmã das práticas de economia do compartilhamento; o desenvolvimento disruptivo²⁴⁹ de tecnologias da informação e da comunicação que facilite a economia do compartilhamento; o papel das perspectivas críticas sobre o capitalismo e consumismo; o discurso antropológico e sócio-psicológico do *homo economicus versus homo collaborans* e o papel da confiança na interação humana. (HEINRICHS,2013)

Seguindo essa perspectiva, a economia do compartilhamento pode servir como um conceito amplo e com visão abrangente, ajudando a compreender e orientar novas invenções e a institucionalização de novas práticas econômicas, papéis e interações de atores sociais. Ou seja, a economia do compartilhamento tem o potencial de servir como um conceito amplo que pode reorganizar alternativas antigas e recentes de atividades econômicas e as suas conceituações acadêmicas. (IBIDEM)

Verifica-se que houve uma revolução tecnológica causada pela internet. Dessa forma, ocorreu o desenvolvimento das redes e das novas tecnologias. Logo, percebe-se a importância da sociedade da informação, pois é uma proposta que visa à cooperação e ao compartilhamento de conhecimento entre os governos, as universidades e as empresas, com a finalidade de disseminar a formação de competências na população, ou seja, a articulação das pessoas, recursos técnicos e organizacionais necessários para expandir o aprendizado nas empresas a fim de ofertar valor aos seus clientes. Assim, na sociedade da informação, o acesso à informação e ao conhecimento são essenciais ao fomento da inovação.

Assim, percebe-se que a sociedade passa a inovar a partir de suas transformações. Nesse contexto, surgiu a economia do compartilhamento, que busca a utilização de bens ou serviços subutilizados ou não utilizados, ocorrendo de forma direta entre os indivíduos, sendo gratuita ou não. Ademais, vislumbra-se a criação de diversos tipos de plataformas, com inúmeros propósitos.

Com o avanço da tecnologia, as plataformas de economia do compartilhamento acabarão por evoluir de uma forma na qual ninguém mais é proprietário, ou seja, essas plataformas são criadas e entregues para a comunidade. Além disso,

visualiza-se uma tendência de modificação no mercado de trabalho, encaminhando-se para a ampliação de tarefas executadas por profissionais autônomos. Mas é necessária uma reflexão sobre esse tema de forma global, já que as pessoas, talvez, não sejam mais conhecidas pela sua profissão, mas sim por suas habilidades, ou conjunto de habilidades.

Mesmo que a economia do compartilhamento por si só não possa tornar uma sociedade sustentável, ela deve ser explorada em detalhes. Como não há uma única solução para facilitar e resolver todos os problemas da sustentabilidade, diferentes caminhos precisam ser explorados e lições devem ser aprendidas com a experiência. Como um potencial caminho novo para uma sociedade sustentável, a economia do compartilhamento deve tornar-se um tema de pesquisa para uma ciência sustentável interdisciplinar e transdisciplinar, além de ser financiada. (HEINRICHS,2013)

CONCLUSÃO

Operou-se uma verdadeira revolução com o advento da internet, que culminou com a diminuição das fronteiras físicas do conhecimento e da comunicação entre a população de todo o planeta. As redes de relacionamento humano expandem-se diariamente, acabando com algumas barreiras que impedem o acesso à informação. Embora as novas tecnologias tragam incertezas, principalmente em relação a algumas mudanças drásticas de transformação da sociedade, é inegável perceber que, ao olhar para o passado, inúmeros avanços para a melhoria das condições de vida da população vieram por meio de inovações.

Apesar das insatisfações geradas pela perda de mercado de tecnologias que acabam ficando obsoletas, a maior parte da sociedade acaba se beneficiando com o aprimoramento da tecnologia. Por processos de tentativa e erro, invariavelmente, a inovação produz resultados melhores, mais rápidos ou mais baratos do que com as técnicas utilizadas anteriormente. A partir da globalização, um dos efeitos decorrentes da revolução tecnológica é um maior acesso de informações para os indivíduos. Assim, ocorre a ampliação da transparência nas relações entre empresas e indivíduos. Além disso, permite o reaparecimento de identidades culturais em diversos locais do mundo e modifica a participação política nas sociedades democráticas.

²⁴⁹ Uma tecnologia ou inovação disruptiva é um termo que designa quando uma há uma substituição de tecnologia dominante no mercado. Significa o mesmo que uma inovação revolucionária.

Nesse contexto, a sociedade da informação manifesta-se como uma proposta multidisciplinar com influências de distintas áreas de pensamento, sendo integrada pelo uso de tecnologias de informação e comunicações (TIC), com o objetivo de cooperação e compartilhamento do conhecimento entre governos, universidades e empresas, com a finalidade de disseminar na população a formação de competências.

Assim, com o desenvolvimento das tecnologias da informação e das redes sociais, a facilidade de conectividade, os dispositivos e as aplicações móveis e os sistemas de geolocalização, possibilitou-se a automatização do gerenciamento de demanda, o aumento de interação social na internet e pelos grupos de interesse ou comunidades, o que resultou no desenvolvimento da economia colaborativa. Essa nova forma de economia fornece a possibilidade de compartilhar de forma colaborativa a produção, no sentido de partilhar ideias, concepções, meios de produção, entre outros. Também é possível compartilhar os recursos financeiros, ou seja, dinheiro. Bem como, compartilha-se a educação, logo as pessoas são capazes de terem acesso de forma democrática ao ensino. E, por fim, compartilha-se o consumo.

Portanto, percebe-se que a economia do compartilhamento está inserida dentro do consumo colaborativo, formando uma espécie de conjunto matemático. Atualmente, existem diversos serviços de economia do compartilhamento ou *sharing economy*. A divisão de recursos que antes ficava restrita ao círculo social do indivíduo se multiplicou milhares de vezes ao estabelecer um sistema seguro, simples e rápido de compartilhamento de recursos.

Consequentemente, a economia do compartilhamento, ou economia compartilhada, pode ser definida como um sistema econômico baseado no compartilhamento de bens ou serviços subutilizados de forma direta entre os indivíduos, podendo se dar gratuitamente ou mediante uma remuneração. Além disso, será possível verificar, que essa nova forma de interação econômica, acaba por trazer novas soluções a diversos problemas da sociedade. Outrossim, a economia colaborativa, e simultaneamente a economia do compartilhamento, possuiu diversas dimensões, ou seja, traz um regresso à retribuição de favores entre vizinhos e locais. Porém, paralelamente, existe uma monetização dos favores, envolvendo trocas financeiras ou de outras espécies.

Entretanto, os efeitos positivos do mundo virtual, maioria das vezes, afetam os usuários conectados à internet. Importa ressaltar, que ainda existem muitas pessoas

desconectadas do mundo virtual e àquelas que, mesmo conectadas, não possuem capacidade para lidar com o rápido avanço tecnológico. Deste modo, não usufruem do aumento das informações disponíveis e também das vantagens trazidas pelas novas tecnologias, como a economia do compartilhamento.

Diante desse cenário, da sociedade da informação, surgiu a economia do compartilhamento. Essa nova forma de interação, possibilita o compartilhamento de bens e produtos subutilizados ou não utilizados. Todavia, já existem iniciativas que buscam auxiliar pessoas que não estão necessariamente conectadas a internet. Logo, ocorre a integração dos desconectados com os usuários de aplicativos da economia do compartilhamento, como o *Refugees Welcome* (Refugiados Bem-Vindos), uma mistura de filantropia e compartilhamento de recursos para ajudar a combater os problemas decorrentes da imigração em massa de refugiados à Europa, para fugir de conflitos em países da África e do Oriente Médio.

A partir do desenvolvimento das novas tecnologias, das redes de comunicação e da revolução tecnológica provocada pela internet, dentro do contexto da sociedade da informação, há o crescimento de tecnologias disruptivas – causadoras de grande impacto e transformação no mercado – que possibilitaram a criação de plataformas voltadas para o compartilhamento de recursos. Sob a perspectiva de que o acesso é tão importante quanto à posse, e com o gerenciamento de recursos mais eficiente decorrente das tecnologias da informação, emergiu a economia do compartilhamento (*sharing economy*).

Algumas causas potencializaram o desenvolvimento dessa economia, como as preocupações ambientais e a crise econômica de 2008. Como consequência do baixo crescimento econômico e do alto capital acumulado e subutilizado, na forma de bens e serviços (capital humano e intelectual), desencadearam o crescimento de diversas plataformas da economia colaborativa. Ou seja, permitiu um aumento de renda para as pessoas com algum tipo de capital acumulado e o acesso a estes recursos para as pessoas que estavam de fora do consumo de determinados tipos de bens e serviços.

Com o aumento de incentivos para a inovação tecnológica e inovação social, além da insatisfação de um grupo de consumidores pelos modelos de oferta de consumo vigentes, emergiram diversas plataformas da economia do compartilhamento. Também ocorreu o desenvolvimento de modelos de negócios que não existiam anteriormente, beneficiados pelos efeitos de rede que aumentam o valor de um serviço

de acordo com o aumento do número de usuários. Isso resultou no crescimento exponencial de empresas como Uber e Airbnb, que passaram a gerar impacto nos negócios de empresas já estabelecidas e no próprio comportamento da sociedade, como mudanças nos transportes das cidades a partir da entrada de serviços de transporte privado (Uber e Lyft) e diversas outras empresas de compartilhamento de veículos e caronas.

A economia do compartilhamento possibilita uma sociedade mais sustentável, que valoriza a economia local e o empreendedorismo dentro das comunidades que muitas vezes não possuem dinheiro, mas sim um grande conjunto de habilidades. Além disso, cria um cenário em que as pessoas que utilizam os aplicativos conectados à internet passam a fazer parte de múltiplos acordos simultâneos que satisfaçam as suas necessidades sob demanda. Deve-se levar em conta, que boa parte dos usuários de aplicativos de compartilhamento estão simplesmente buscando vantagens financeiras ao utilizar esses serviços, porém, ainda persiste a viabilidade de encaminhamento para uma sociedade mais sustentável a partir dessas inovações.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. **Aula da Disciplina Teorias da Sustentabilidade**. Passo Fundo: IMED, 11, Set. 2014.

BELK, Russel. **Why not share rather than own?** The Annals of the American Academy of Political and Social Science. v. 611, n. 1, p. 126-140, mai. 2007. Disponível em: <<http://cccp.journalism.wisc.edu/paper/Belk.pdf>>. Acesso em: 23, Mai.2016.

BOTSMAN, Rachel. **The Sharing Economy Lacks A Shared Definition**. Fast Company. 21, Nov.2013. Disponível em: <<http://www.fastcoexist.com/3022028/the-sharing-economy-lacks-a-shared-definition>>. Acesso em: 11, Jul.2015.

_____. **Defining The Sharing Economy: What Is Collaborative Consumption—And What Isn't?**. 27, Mai.2015. Disponível em: <<http://www.fastcoexist.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt#12>>. Acesso em: 23, Ago.2015.

Carta da Terra. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf>. Acesso em: 29, Mai.2016.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salette Oro; CELLA, José Renato Gaziero. O poder da informação na sociedade em rede: uma análise jusfilosófica da violação da privacidade e dos dados pessoais no ciberespaço como prática de violação de direitos humanos. In: ROVER, Aires José; SANTOS, Paloma Maria; MEZZARROBA, Orides (Org.). **Governo eletrônico e inclusão digital**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p. 157-174.

GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. 6. ed. Lisboa: Presença, 2006.

HAMARI, Juho; SJÖKLINT, Mimmi; UKKONEN, Antti. The sharing economy: Why people participate in collaborative consumption. **Journal of the Association for Information Science and Technology**. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2271971>>. Acesso em: 03, Jul.2015.

HEINRICH, Harald. Sharing Economy: A Potential New Pathway to Sustainability. **GAIA - Ecological Perspectives for Science and Society**, [S.L.], v. 22, n. 4, p. 228-231, Dez.2013.

KASSAN, Jenny; ORSI, Janelle. The LEGAL Landscape of the Sharing Economy. **Journal of Environmental Law & Litigation**. Oregon, v. 27, n. 1, p.1-20, 2012.

LÉVY, Pierre. **Ciberdemocracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, nº 60, ago./2007/abr./2008.

MARSDEN, Paul. **Social Commerce / Steve Rubel's Original 2005 Article**. 6, Out.2009. Disponível em: <<http://digitalintelligencetoday.com/steve-rubels-original-2005-social-commerce-post/>>. Acesso em: 6, Jul.2015.

MORGAN, Browen; KUCH, Declan. Radical Transactionalism: Legal Consciousness, Diverse Economies, and the Sharing Economy. **Journal of Law and Society**, Cardiff, v. 42, n.4, p. 556-587, Dez.2015.

POLIZELLI, Demerval Luiz.; OZAKI, Adalton M. et al. **Sociedade da informação: os desafios da era da colaboração e da gestão do conhecimento**. São Paulo: Saraiva, 2008. Epub.

RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. **Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series**, New Haven, v. 6, n. 1, p. 1-63, set. 2014. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2492798>. Acesso em: 30, Mar.2016.

REINHART, James. **Why The Success Of 'Sharing Economy' Startups Hinges On Who Owns The Inventory**. 06, Fev.2014. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/the-success-of-the-sharing-economy-2014-2>>. Acesso em: 06, Jul.2015.

TAKAHASHI, Tadao (org.). **Sociedade da informação no Brasil**: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Senac São Paulo, 2010.

WANG, Chingning; ZHANG, Ping. **The Evolution of Social Commerce**: The People, Management, Technology, and Information Dimensions. Communications of the Association for Information Systems. 13, Fev.2012. Disponível em: <http://melody.syr.edu/pzhang/publications/CAIS_11_Wang_Zhang_SocialCommerce.pdf>. Acesso em: 06, Jul.2015.

GT4

18

PROMOVENDO O USO DAS INFORMAÇÕES CONTIDAS EM DOCUMENTOS DE PATENTES

Felipe Grando Brandão²⁵⁰

Catiele Alves de Souza²⁵¹

Naiara Machado da Silva²⁵²

Resumo: Apresenta-se a experiência da Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico na promoção do uso das informações contidas em documentos de patentes, no contexto da UFRGS. Analisa-se o processo de busca, seus principais elementos e bases de patentes utilizadas. A pesquisa resulta dos atendimentos aos inventores, no período de agosto de 2015 a agosto de 2017, relacionados a essas buscas de anterioridade. A partir da análise desses atendimentos, propõem-se rotinas específicas a serem seguidas na condução dos processos de buscas. Chega-se a uma apreciação crítica acerca da importância dessas buscas e do papel dos Núcleos de Inovação Tecnológica nesse processo.

250 Administrador (CRA-RS nº 24.181), Bacharel em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Mestre em Gestão Estratégica de Organizações do Programa de Pós-graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus de Santo Ângelo/RS, Servidor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, SEDETEC - Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico, felipe.brandao@ufrgs.br

251 Bibliotecária (CRB-RS 10/2230), Bacharel em Biblioteconomia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Comunicação em Mídias Digitais pela Universidade Estácio de Sá, Servidora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, catiele.alves@ufrgs.br

252 Bancária. Bacharel em Administração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Especialista em Direito e Economia - UFRGS, Mestranda em Ambiente e Sustentabilidade do Programa de Pós-graduação da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul - UERGS, Funcionária da Caixa Econômica Federal, naiaramachado@yahoo.com.br

Palavras-chave: Propriedade Intelectual, Patente, Busca, Recuperação da Informação, Núcleos de Inovação Tecnológica.

Summary: Is presented the experience of the Secretariat of Technological Development in promoting the use of information contained in patents documents, in the context of UFRGS. Is analyzed the search process, its main elements and patents bases used. The research results from the consultations to the inventors, in the period of August of 2015 to August of 2017, related to these searches of anteriority. From the analysis of these attendings, specific routines are proposed to be followed in the conduction of the search processes. A critical appreciation of the importance of these searches and of the role of the Technological Innovation Centers in this process is reached.

Keywords: *Intellectual Property, Patents, Search, Information Retrieval, Technological Innovation Centers.*

Resumen: Se presenta la experiencia de la Secretaría de Desarrollo Tecnológico en la promoción del uso de las informaciones contenidas en documentos de patentes, en el contexto de la UFRGS. Se analiza el proceso de búsqueda, sus principales elementos y bases de patentes utilizadas. La investigación resulta de las atenciones a los inventores, en el período de agosto de 2015 a agosto de 2017, relacionados a esas búsquedas de anterioridad. A partir del análisis de esas atenciones, se proponen rutinas específicas a seguir en la conducción de los procesos de búsqueda. Se llega a una apreciación crítica acerca de la importancia de esas búsquedas y del papel de los Núcleos de Innovación Tecnológica en ese proceso.

Palabras-clave: Propiedad Intelectual, Patente, Búsqueda, Recuperación de la Información, Núcleos de Innovación Tecnológica.

INTRODUÇÃO

No âmbito das Instituições de Ensino Superior (IES), o desenvolvimento científico e tecnológico é favorecido a partir do momento em que docentes, discentes e técnicos fazem uso das informações contidas em documentos de patentes. Essas informações estão acessíveis na internet em bases especializadas. Nesse contexto, insere-se a temática da Propriedade Intelectual (PI). Porém, constata-se que ainda é incipiente o conhecimento acerca desse universo e de suas regulações. Sabe-se que a consulta aos documentos de patentes propicia não só o acesso a informações tecnológicas, mas também auxilia na identificação de instituições e de pesquisadores visando a futuras parcerias, no mapeamento de tendências tecnológicas e na localização de soluções para problemas técnicos específicos, por exemplo.

Além disso, essas fontes de informação podem subsidiar e retroalimentar novos projetos de pesquisas, otimizando e economizando, assim, os recursos disponíveis. No sentido de demonstrar a importância do uso das informações publicizadas na forma de documentos de patentes, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) sinalizou, em fevereiro de 2017, que as propostas de viés tecnológico apresentadas a ele deverão conter os resultados das buscas em bases patentárias. Apesar da aparente novidade nesta comunicação, entende-se que essa exigência insere-se no contexto da Resolução Normativa do CNPq nº 034, de 1º de setembro de 2014, a qual regulamenta os direitos sobre criações intelectuais resultantes de pesquisas apoiadas por instrumentos de fomento disponibilizados pelo CNPq. Pode-se considerar que esse é um incentivo para que as IES busquem a institucionalização da gestão da propriedade intelectual e, inclusive, trabalhem na difusão da cultura da PI. Nessa perspectiva, objetiva-se divulgar para a comunidade acadêmica a importância da consulta e do uso das informações contidas em documentos de patentes. Dessa forma, potencializam-se os resultados das pesquisas e promove-se a eficiência no uso dos recursos. Sobre a importância das buscas em bancos de patentes promovidas pelos Núcleos de Inovação Tecnológica (NITs) destaca-se que “não se pode conceber um Núcleo especializado em propriedade intelectual que não tome o cuidado básico de verificar se o tema da patente a ser requerida, não existe como estado da técnica.” (DOS SANTOS & ROSSI, 2002, p. 17).

BREVE HISTÓRICO DA SEDETEC

Convém ressaltar que, no contexto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), a Portaria nº 6869, de 24 de outubro de 2013, estabelece as regras para a transferência de tecnologia e o registro da propriedade intelectual no âmbito da UFRGS. Essa portaria substituiu a Portaria nº 3064, de 05 de novembro de 1998. Nesse sentido, cabe resgatar o fato de que a UFRGS, ainda no ano de 1997, inseriu-se formalmente, através da criação do “Escritório de Assessoria a Projetos (EAP)”, entre as instituições precursoras, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul, no processo de institucionalização da gestão da propriedade intelectual. No ano de 1998, essa estrutura passou a se chamar de “Escritório de Interação e Transferência de Tecnologia (EITT)”. Em relação a essa trajetória, ressalta-se que:

O fato de ter sido o primeiro ETT [Escritório de Transferência de Tecnologia] implantado em uma universidade no Estado do Rio Grande do Sul impôs vários desafios a sua organização, especialmente pela falta de referências e de parâmetros a seguir para a sua estruturação. (DOS SANTOS, 2005, p. 184, tradução do autor).

Ambos, EAP e EITT, formaram o embrião do que atualmente é a “Secretaria de Desenvolvimento Tecnológico (SEDETEC)”. Esses marcos históricos são aprofundados na tese de Marli Elizabeth Ritter dos Santos, gestora do EITT ainda em 1998.

PROCESSO DE BUSCA: PRINCIPAIS ELEMENTOS E BASES

Na SEDETEC, a maioria das buscas realizadas em bases de patentes procura subsidiar os pedidos de depósitos de patentes nos quais a Universidade figura como titular ou cotitular. Para isso, são realizados os atendimentos pessoais aos inventores, sejam eles docentes, discentes ou técnicos. Nesses atendimentos, são coletadas as informações necessárias para se iniciar uma busca orientada nas bases patentárias. Além disso, são esclarecidas as principais dúvidas sobre os trâmites necessários

para o encaminhamento desse pedido, bem como do possível escopo da proteção pretendida.

Nesse sentido, o presente trabalho expõe, como resultado do acompanhamento dos atendimentos aos inventores, durante o período de agosto de 2015 a agosto de 2017, rotinas específicas a serem seguidas na condução dos processos de buscas, desde o primeiro contato com o inventor, passando pela realização das buscas de anterioridade até o encaminhamento da análise dos resultados. O encadeamento dos procedimentos propostos provém de uma construção elaborada a partir das principais questões que emergiram nesses atendimentos, seja no esclarecimento das dúvidas, seja nos múltiplos direcionamentos para os quais podem ser conduzidas as pesquisas. O desenvolvimento adequado desses processos iniciais também fomenta o esclarecimento da comunidade acadêmica quanto à importância da consulta e do uso das informações contidas em documentos de patentes.

Convém lembrar que a difusão desses temas também costuma se dar por meio de participações em aulas e de palestras, geralmente, voltadas para o público da pós-graduação. Nesses encontros, orienta-se sobre a melhor forma de realizar as buscas, com o intuito de repassar as informações necessárias para que esse público tenha autonomia na realização de investigações futuras.

Além disso, procura-se expandir a discussão do tema da PI na direção proposta por Morales (2008), ou seja, uma divulgação comprometida, como classificada pelo autor, que nos permite refletir amplamente sobre as formas como a ciência e a técnica podem se articular em um projeto de transformações sociais. Isso porque, na sua perspectiva, a difusão e a divulgação dos processos e dos resultados da investigação científica e tecnológica devem sinalizar sobre a sua potencialidade nas dimensões social, econômica, política, cultural, além de oferecer subsídios à sociedade para a tomada de decisões sobre assuntos que afetam a todos. Assim, enquanto a divulgação classificada por ele como asséptica pressupõe uma ciência universal e abstrata, objetiva, a divulgação comprometida, por sua vez, contextualiza social e historicamente os seus resultados, possibilitando a apropriação do conhecimento produzido no país. Segundo o autor:

Considero que la ciencia y la técnica, no reducidas a la versión instrumentalista, tienen un gran potencial liberador para el hombre en lo individual y para la sociedad, primeramente porque nos ayudan a entender nuestra posición en el mundo, a acercarnos a la comprensión de la naturaleza, de la historia, de

las formaciones sociales, de la génesis de la cultura, y también a comprender mejor nuestro propio ser [...]. (MORALES, 2008, p. 1).

No que tange às buscas de anterioridade, as principais bases utilizadas na UFRGS são formadas por: bases disponíveis via acesso ao conteúdo assinado do Portal de Periódicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), bases com acesso livre na internet e uma base comercial *Orbit (Questel)*, que está disponível para consulta somente na SEDETEC.

Busca-se disseminar e incentivar o uso das bases disponibilizadas a partir do Portal de Periódicos da CAPES. As Principais bases utilizadas via Portal: *Reaxys (Elsevier)*, *SciFinder web (CAS Chemical Abstracts Service)* e *Derwent Innovations Index - DII (Thomson Reuters Scientific)*. As duas primeiras são utilizadas, especialmente, para as buscas nas áreas da química, bioquímica, engenharia de materiais e áreas correlatas. Basicamente, com ambas as bases podem-se efetuar buscas pela fórmula molecular ou pelo número *CAS* de uma determinada substância, também é possível desenhar determinada estrutura ou reação, bem como buscar por propriedades específicas (por exemplo, *Boiling Point °C*). A terceira base (*Derwent*) é operada basicamente por palavras-chave em inglês e indica-se para todas as demais áreas.

As principais bases utilizadas via acesso livre à internet são: *ESPACENET*, <<https://worldwide.espacenet.com/>>, disponibilizado pelo Escritório Europeu de Patentes (EPO, na sigla em inglês); *Google Patents*, <<https://patents.google.com/>>, e a própria base de dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), <<http://www.inpi.gov.br/>>, que resgata somente os documentos depositados no território brasileiro. Apesar das buscas na página eletrônica do INPI restringirem-se aos documentos depositados no Brasil, ou seja, não são resgatados os documentos depositados em outros territórios, a divulgação dessa página eletrônica é necessária, pois há diversidade de conteúdos sobre: marca, patente, desenho industrial, indicação geográfica, programa de computador, topografia de circuitos, transferência de tecnologia e, mesmo, sobre informação tecnológica de patentes (radar tecnológico, estudos setoriais). Ou seja, é uma excelente fonte de informação em português para os interessados em PI. Outra base relevante é a *PATENTSCOPE*, <<https://patentscope.wipo.int/search/en/advancedSearch.jsf>>, disponibilizada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Além dessas bases, também se utiliza uma base comercial, o *Orbit (Questel)*. E, por último, pretende-se incluir na rotina de buscas a ferramenta *Patent2net*, <<http://patent2netv2.vlab4u.info/>>. Esse programa é desenvolvido na linguagem de programação *Python* e distribuído sob licença de código aberto (SANTOS, 2016). O *Patent2net* é uma alternativa *free* robusta para extração e análise de dados das bases patentárias. Por exemplo, podendo ser utilizado em conjunto com o *ESPACENET*. Essa alternativa amplia o acesso às informações e às respectivas análises derivadas dos dados extraídos de uma determinada base patentária a um custo consideravelmente menor quando comparado às bases comerciais.

Na SEDETEC utilizam-se alguns formulários como apoio na condução e na formalização dos pedidos de depósito de patente. Resumidamente, são os seguintes: formulário de solicitação de buscas, relatório de invenção, termo de autorização e de cessão, e, inclusive, procurações e contratos, quando esse for o caso. Na maioria dos casos, o processo inicia-se no momento em que o(s) inventor(es) entram em contato (pessoalmente, via telefone ou correio eletrônico) e questionam sobre a possibilidade de proceder com uma proteção dos resultados de pesquisas, no contexto da propriedade intelectual. Ou, quando sinalizam de pronto a opção pela proteção desses resultados.

Imediatamente, solicita-se que o(s) inventor(es) preencham o formulário de solicitação de buscas, que será utilizado como suporte inicial para as buscas que serão conduzidas. Cabe esclarecer que essa solicitação de preenchimento do formulário é formalizada através de um *e-mail* enviado aos interessados. Neste mesmo *e-mail* são listadas as bases apresentadas anteriormente e sugere-se que o(s) inventor(es) iniciem as buscas nestas bases e anotem os resultados alcançados. Além disso, solicita-se que o(s) inventor(es) indiquem qual a melhor data e horário para comparecerem na SEDETEC. O formulário preenchido e os resultados obtidos devem ser trazidos no encontro previamente agendado. Ressalta-se que, inicialmente, opta-se por realizar essas buscas em conjunto nas dependências da SEDETEC. Esse encontro possibilita aprofundar o entendimento sobre as características do invento proposto, bem como sobre o contexto de sua produção. Nessa oportunidade, é possível esclarecer dúvidas gerais, definir e testar estratégias de buscas e encaminhar as análises dos documentos de patentes localizados durante o encontro. Assim, os objetivos básicos desse primeiro encontro são: acolher o(s) inventor(es) e as suas demandas de PI, esclarecer as principais dúvidas sobre o pro-

cesso de proteção, verificar previamente a possibilidade de seguirmos com a proteção, coletar informações que possam facilitar os futuros encaminhamentos, iniciar as buscas nas bases patentárias, instrumentalizar minimamente o(s) inventor(es) a seguir com as buscas, gerar um conjunto de resultados passíveis de análise, definir a forma como serão conduzidos os próximos esforços de buscas (novas buscas, aprofundamentos dos resultados localizados, refinamento, filtragem ou redirecionamento da estratégia de buscas), orientar sobre a análise dos documentos resgatados. Esse primeiro encontro dura entre uma hora e meia a duas horas, podendo se estender para até quatro horas, quando há disponibilidade do(s) inventor(es) em procederem novas buscas e/ou, mesmo, a análise dos documentos localizados.

Entende-se que esse atendimento presencial também possui finalidades educativas, substanciadas a partir da difusão e da divulgação dos temas relacionados à PI e da capacitação dos inventores nessas ferramentas de buscas. Convém ressaltar que se procura tramitar essas informações, preferencialmente, pelo *e-mail* institucional da UFRGS, por questões de segurança e da necessidade de manter o sigilo das informações transacionadas. De acordo com cada caso, segue-se refazendo as buscas, explorando os resultados gerados, redirecionando os esforços para novas buscas, por exemplo, na modalidade presencial ou a distância (caso o inventor não possa comparecer até a SEDETEC ou o trabalho a distância esteja apresentando resultados satisfatórios). Além disso, nesse primeiro encontro procura-se estabelecer uma relação de confiança e de cooperação entre o(s) inventor(es) e o responsável pela condução do processo na SEDETEC. Isso é especialmente necessário no caso do(s) inventor(es) nunca terem participado antes desse tipo de processo. Por se tratarem de temas complexos e delicados, seja devido às questões relacionadas à PI ou às questões relacionadas ao contexto de produção desses resultados de pesquisa, uma relação profissional de confiança mútua e de cooperação torna-se fundamental. Quando se fazem necessários redirecionamentos ou, até mesmo, adequações nos esforços, a fim de se alcançarem resultados satisfatórios a serem encaminhados via proteção patentária, essa relação profissional figura como elemento essencial para a boa condução de todo esse processo.

Nesse sentido, pode-se considerar que as práticas adotadas partem da concepção de que a construção do conhecimento é um processo marcado pela subjetividade, na qual se manifesta uma reciprocidade entre fenômenos psicológicos e sociais. Desse modo, como abordado por Moscovici (1990), a indissociável relação estabe-

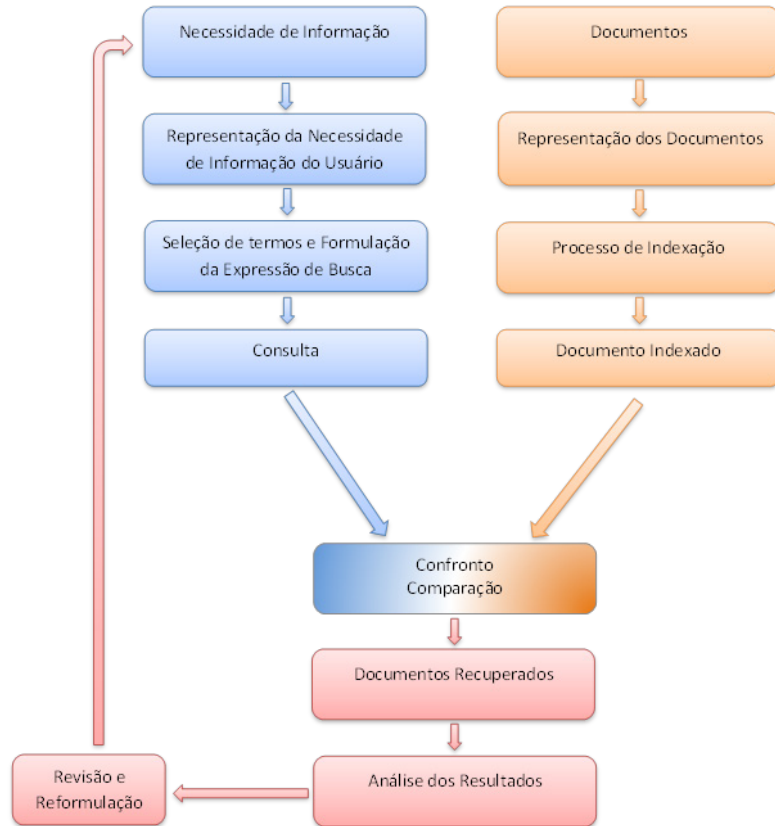
lecida entre o individual e o social constitui pressuposto basilar para a compreensão de como o conhecimento é produzido e impacta nas práticas sociais, que, por sua vez, impactam o conhecimento. Adota-se, desse modo, uma concepção integrativa entre o sujeito e o social nas práticas de pesquisa.

No que diz respeito ao processo de buscas nas bases patentárias, conforme comentado anteriormente, procura-se agendar uma reunião, preferencialmente, presencial com o(s) inventore(s). Nesse encontro procede-se uma conversa inicial sobre o tema a ser pesquisado e os possíveis caminhos para a busca a ser realizada. Essa conversa preliminar assemelha-se à “entrevista pré-pesquisa” (*pre-search interview*) sugerida por Adams (1979), bem como ao “Passo 1. Discuta o tópico geral da pesquisa” (*Step 1. Discuss the general topic of the search*) proposto por Knox & Hlava (1979). Lopes (2002) denomina essa etapa como sendo a “Discussão do tópico geral da pesquisa”. Essa conversa é guiada pelo formulário de solicitação de buscas previamente preenchido. Esse formulário consiste em uma ou duas páginas com: as informações do solicitante (nome, *e-mail*, telefone, departamento da Universidade ou programa de pós-graduação ao qual está vinculado), um título e uma breve descrição do invento, as palavras-chave em português e, principalmente, as palavras-chave em inglês relacionadas ao invento. Além disso, podem ser inseridas informações complementares para o processo de buscas, como, por exemplo, algum documento de patente relacionado ao invento localizado anteriormente pelo(s) inventor(es), uma imagem ilustrativa, a referência a um produto existente, entre outras. Esse esforço inicial antes da consulta às bases patentárias faz com que aumentem as chances de se resgatarem documentos relevantes.

Conforme Hiemstra (2009):

Existem três processos básicos que um sistema de recuperação de informações deve suportar: a representação do conteúdo dos documentos, a representação das necessidades de informação do usuário e da comparação das duas representações. (HIEMSTRA, 2009, p. 2, tradução do autor).

Pode-se visualizar esses processos na figura abaixo (Figura 1).



Na Figura 1 pode-se perceber que há um processo caracterizado por conter: Necessidade de Informação, Representação da Necessidade de Informação do Usuário, Seleção de termos e Formulação da Expressão de Busca, Consulta; e, outro processo em paralelo, caracterizado por conter: Documentos, Representação dos Documentos, Processo de Indexação, Documento Indexado. Esses dois fluxos são confrontados e, a partir desse momento, geram-se resultados de buscas, ou seja, determinados documentos serão recuperados. Deve-se considerar que, em muitos casos, a forma com que a pessoa representa a sua necessidade de informação não corresponde à representação dos documentos existentes em determinada bases de dados. Além disso, os termos e a expressão de busca utilizados pelo usuário com o intuito de recuperar as informações contidas na base de dados podem não corresponder aos termos e à forma como os documentos foram indexados. Ou seja, o usuário, a partir de uma necessidade específica de informação, constrói a sua ex-

pressão de busca “idealizada”. Entretanto, não há garantias de que essa expressão irá resgatar os documentos que idealmente satisfaçam a sua necessidade de informação. Por exemplo, o usuário pode ter definido as suas buscas por “*head mounted display*”, entretanto, parte dos resultados que poderiam atender a sua necessidade estão indexados por “*augmented reality*”. Nesse exemplo, desloca-se o contexto dos documentos do domínio tecnológico da “óptica” para o da “tecnologia audiovisual”. Esse é apenas um exemplo simples, que se propõe a demonstrar a provável não correspondência entre a “Representação da Necessidade de Informação do Usuário” e a “Representação dos Documentos”. Assim, faz-se necessária a análise dos resultados, provenientes dos documentos recuperados após os sucessivos “confrontos”. Ou seja, é a partir dessa análise que podem ser identificadas formas mais eficientes de se recuperar a informação pretendida. Deve-se considerar que os resultados obtidos influenciam não apenas a forma como as buscas serão reconduzidas, mas também a própria redefinição da “Necessidade de Informação”. Influenciam, ainda, além da forma com que o invento será proposto, também o escopo da proteção pretendida. Há, portanto, intensa correlação entre os diversos processos listados, que se alteram de modo contínuo reciprocamente; essa dinâmica se dá ao longo das buscas até que, em determinado momento, tendem a se acomodar em torno da definição do invento, que vai assumindo um contorno particular. A linha condutora são os documentos recuperados e o produto final é a construção do relatório descritivo da patente e as suas respectivas reivindicações, por exemplo.

Convém ressaltar que outros elementos concorrem na construção final do relatório descritivo e das reivindicações: informações de mercado, estratégias de inserção da tecnologia na sociedade, dentre outras. Entretanto, neste trabalho, está se enfatizando prioritariamente as informações oriundas das buscas patentárias.

Podem-se aproveitar os documentos recuperados, por exemplo, para: 1) Localizar novas palavras-chave. Assim, a partir da leitura do título, resumo e das reivindicações é possível identificar palavras relevantes que podem ser aproveitadas em novas buscas; 2) Identificar em qual área tecnológica os documentos resgatados foram classificados. Essa classificação é atribuída por especialistas e fica disponível no momento em que o pedido é publicado. Comumente utiliza-se a Classificação Internacional de Patentes (CIP) e/ou a Classificação Cooperativa de Patentes (CPC) como um recurso para filtrar os resultados localizados ou para direcionar inicialmente os esforços de buscas. Na CIP as patentes são classificadas conforme 8

(oito) grandes áreas tecnológicas: A) Necessidades humanas; B) Operações de processamento, transporte; C) Química, metalurgia; D) Têxteis, papel; E) Construções fixas; F) Engenharia mecânica, iluminação, aquecimento, armas, explosão; G: Física e H) Eletricidade.

A classificação de patente tem como objetivo inicial o estabelecimento de uma ferramenta de busca eficaz para a recuperação de documentos de patentes pelos escritórios de propriedade intelectual e demais usuários, a fim de estabelecer a novidade e avaliar a atividade inventiva de divulgações técnicas em pedidos de patente. (INPI, 2016, p. 1).

Além desses elementos, é possível, após se localizar um determinado documento relevante, listar quais patentes este documento referenciou, citou, bem como quais outros documentos citaram esse primeiro. Geralmente, com esse recurso é possível identificar rapidamente novos documentos relacionados com o objetivo de busca. Outra possibilidade é buscar a partir dos inventores e/ou dos titulares listados nas patentes recuperadas os novos documentos em que estes estão presentes. Essa é uma forma de investigar a “linha de pesquisa” de determinado inventor ou titular (empresa, instituição de ensino e pesquisa, por exemplo).

Conforme comentado anteriormente o título, o resumo e as reivindicações revelam informações importantes sobre os documentos consultados. Sugere-se aos usuários a leitura de, pelo menos, esses três elementos. Em algumas áreas, a consulta das figuras constitui uma forma rápida de pré-selecionar os documentos que serão posteriormente estudados em detalhe. Assim, a cada relatório de busca gerado, procura-se listar pelo menos quatro elementos do conjunto de documentos recuperados e selecionados: título, resumo, reivindicações e figuras (ou apenas a figura apresentada na folha de rosto do documento publicado, que foi indicada para receber esse destaque no momento do depósito). Ressalta-se que a quantidade de detalhes do relatório de busca gerado pode variar conforme o interesse e a necessidade dos usuários, o tempo disponível para a posterior análise e o tipo e a quantidade de dados que determinada base patentária oferece.

Após a recuperação desses resultados, organizados na forma de relatórios, orienta-se aos inventores a procederem um exame detalhado desse material em comparação com o invento proposto. Registrando, assim, as diferenças entre esses documentos e o invento que se pretende proteger. Convém lembrar que essas

comparações devem se estender para toda e qualquer informação pública. Ou seja, é importante analisar não só documentos de patentes, mas também a literatura não patentária, artigos, livros, banco de dados de proteínas, catálogos comerciais, vídeos disponibilizados na internet, pois todos podem afetar a novidade do invento proposto. Conforme apresentado no parágrafo primeiro do artigo 11 da Lei de Propriedade Industrial:

O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17. (BRASIL, 1996, §1º, artigo 11).

Ainda, conforme a legislação: “É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.” (BRASIL, 1996, artigo 8º). Em boa parte, esses critérios são analisados a partir da comparação do que existe no estado da técnica. As patentes representam uma parcela importante do que constitui o estado da técnica, mas não são os seus únicos elementos constituintes. Na maioria dos casos, a assistência prestada pela SEDETEC aos inventores prioriza as buscas nas bases patentárias, assim, pressupõe-se que as demais fontes e meios foram ou serão investigados pelos inventores.

Durante as buscas deve-se lidar com as limitações inerentes a esse processo. Por exemplo, sabe-se que o depósito do pedido de patente permanece 18 (dezoito) meses em sigilo. Dessa forma, no momento em que a pesquisa é realizada, existem documentos que não serão resgatados. Somente depois desse período de sigilo o documento é publicado pela autoridade nacional e pode ser livremente acessado. Além disso, deve-se considerar também: 1) O tempo disponível para as buscas; 2) As bases e as ferramentas utilizadas, bem como o conhecimento sobre elas; 3) O comportamento de buscas do usuário; 4) O conhecimento sobre o assunto pesquisado e sobre a temática da PI; 5) A cobertura das bases utilizadas; 6) O idioma em que os documentos pesquisados foram redigidos. De qualquer forma, essas limitações não devem impedir as buscas ou desestimular os usuários. Pelo contrário, são elas que tornam a recuperação de documentos relevantes uma atividade profissional desafiante e recompensadora.

Nesse contexto destaca-se a importante contribuição que os profissionais da Ciência da Informação podem oferecer. Na UFRGS, iniciou-se em 2016 uma aproximação das bibliotecas setoriais com a SEDETEC, no sentido de promover a consulta às bases patentárias disponíveis no Portal de Periódicos da CAPES e a divulgação dos temas relacionados à PI. A primeira biblioteca parceira foi a do Instituto de Química, que é um dos maiores depositantes de pedidos de patente na Universidade. A partir dessa parceria, realizaram-se orientações e palestras sobre o tema, além da apresentação do trabalho desenvolvido em conjunto no III Salão EDUFRGS, ano de 2016, o qual recebeu destaque em relação aos trabalhos apresentados na Sessão 3 - Ciências da Informação. Entende-se que os profissionais da Biblioteconomia possuem a formação acadêmica necessária para auxiliar na recuperação eficaz das informações contidas nas bases patentárias. Dessa forma, o trabalho de aproximar-se dessa área do conhecimento na UFRGS seguirá por um bom tempo. No momento, por exemplo, estuda-se a possibilidade para que os discentes do Curso Biblioteconomia possam realizar os estágios obrigatórios e não obrigatórios na SEDETEC.

A pesquisa realizada pelo EPO (2017) listou as três principais barreiras para o uso das informações patentárias:

As três principais barreiras para o uso de informações de patentes são a falta de necessidade para o trabalho (mencionado por 1/3), a falta de conhecimento sobre onde encontrar informações de patentes (citado por 15%) e a complexidade da informação de patente (citada por 14%). (EPO, 2017, p. 22, tradução do autor).

Percebe-se que são barreiras passíveis de serem superadas a partir do trabalho de divulgação da PI e de auxílio no uso das bases patentárias. Atividades, estas, que estão dentro do escopo de atuação dos NITs.

CONCLUSÃO

Evidencia-se a necessidade de continuar promovendo as temáticas abordadas no presente estudo, uma vez que muitos pesquisadores ainda não tornaram comum o uso das bases patentárias ao lado das bases de literatura não patentárias para o subsídio de suas pesquisas. Considera-se que a assimilação dessa cultura seja um fator determinante nos processos que envolvem criação e construção do conhecimento.

Identifica-se que o mesmo pesquisador que chega até a SEDETEC, ao final da sua pesquisa, para verificar se os resultados obtidos são novos e não foram disponibilizados na forma de documentos de patentes, poderia incluir essa etapa de verificação, de busca (nas bases patentárias) logo no início do seu projeto de pesquisa. Esse é um dos motivos para que se divulgue e se fomente a consulta às bases patentárias, ou seja, a retroalimentação de novos esforços de pesquisa. A consulta prévia a essas bases pode, não só revelar novos caminhos para a pesquisa em andamento, mas também contribuir para a geração de resultados reconhecidamente inéditos. Isso gera um melhor aproveitamento do tempo de pesquisa, bem como dos recursos disponíveis.

Compõem esse contexto os NITs, cuja atuação deve estar voltada à promoção do uso dessas bases, paralelamente ao auxílio necessário para que os inventores possam retirar delas documentos relevantes, por exemplo, para o depósito do pedido de patente. Além disso, promovendo a formação desses inventores no que tange às buscas em bases de patentes, contribuindo, assim, cada vez mais, para que estes tenham autonomia para investigarem essas fontes.

Nesse sentido, a promoção da autonomia nas pesquisas não significa anular o papel dos NITs e dos profissionais da Ciência da Informação nesse processo de resgate de informações patentárias. Pelo contrário, a ação em conjunto dos conhecedores da tecnologia, dos conhecedores da PI e dos *experts* em lidar com as bases pode gerar resultados qualitativamente superiores aos resultados gerados isoladamente por cada um desses atores. Nessa interação, criam-se as condições para que haja uma atuação transdisciplinar, na perspectiva abordada por Rosenfield (1992), quando diferentes disciplinas cruzam os limites de suas áreas de conhecimento, compartilham teorias e desenvolvem conceitos que as integram. A abordagem de

problemas complexos é privilegiada nessa visão, a partir dos NITs, que também possibilitam interligar diferentes pessoas de diferentes áreas do conhecimento. Ou seja, os NITs, ao receberem as demandas relacionadas à PI de toda a instituição, conseguem identificar esforços oriundos de diferentes grupos, que podem ser somados aos esforços já em andamento. Assim, o Núcleo de Inovação Tecnológica atua também como um *Hub*, um conector de diferentes áreas na busca de soluções radicalmente inovadoras. Para isso, considera-se como um diferencial que os profissionais dos NITs desenvolvam competências e habilidades capazes de promover ações sinérgicas e protagonizem, desse modo, o importante papel integrativo na construção do conhecimento proveniente da instituição.

REFERÊNCIAS

- ADAMS, Arthur L. **Planning search strategies for maximum retrieval from bibliographic databases**. Online Review, Vol. 3 Issue: 4, pp.373-379, 1979. Disponível em: <<https://doi.org/10.1108/eb024011>>. Acesso em: 7 ago 2017.
- BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula os direitos e as obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- DOS SANTOS, Marli Elizabeth Ritter. **La Gestión de la Transferencia de Tecnología de la Universidad al Sector Productivo: un Modelo para Brasil**. 2005. Tese (Doutorado em Ciências da Administração). Universidade Nacional Autónoma de México, UNAM, México. Orientador: José Luis Solleiro Rebolledo.
- DOS SANTOS, Marli Elizabeth Ritter; ROSSI, Adriano Leonardo. **Projeto: “Estímulo à Criação e Consolidação de Núcleos de Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia em Instituições de Ensino e Pesquisa Brasileiras”**. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2002. Disponível em: <<http://www.redetec.org.br/wp-content/uploads/2015/02/Relatrio-Final-Projeto-Ncleos-Definitivo-1.pdf>>. Acesso em: 2 ago 2017.
- EUROPEAN PATENT OFFICE (EPO). **The role of (patent) information in the innovation process**. 17th May 2017. Disponível em: <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F2E016B9DA1EC24AC125813D0056D720/\\$File/information_in_the_innovation_process_survey_results_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/F2E016B9DA1EC24AC125813D0056D720/$File/information_in_the_innovation_process_survey_results_en.pdf)>. Acesso em: 08 ago 2017.

HIEMSTRA, Djoerd. **Information Retrieval Models**, in Information Retrieval: Searching in the 21st Century (eds A. Göker and J. Davies), John Wiley & Sons, Ltd, Chichester, UK, 2009. doi:10.1002/9780470033647.ch1.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Classificação de patentes**. [Internet]. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/classificacao-de-patentes>>. Acesso em: 10 ago 2017.

KNOX, Douglas R.; HLAVA, Marjorie M.K. **Effective search strategies**, Online Review, Vol. 3 Issue: 2, pp.148-152, 1979. Disponível em: <<https://doi.org/10.1108/eb023995>>. Acesso em: 7 ago 2017.

LOPES, Ilza Leite. **Estratégia de busca na recuperação da informação: revisão da literatura**. Ci. Inf., Brasília, v. 31, n. 2, p. 60-71, Aug. 2002. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0100-19652002000200007>>. Acesso em: 8 ago 2017.

MOSCOVICI, Serge. **A máquina de fazer deuses**. Rio de Janeiro: Imago editora, 1990.

SANTOS, André Moraes dos. **Artefato para a análise do modelo de hélice quádrupla de inovação**. 2016. Tese (Doutorado em administração). Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil. Orientador: Emerson Antonio Maccari. Coorientador: Luc Quoniam.

MORALES, Manuel Martínez. La responsabilidad del investigador en la divulgación de la ciencia. **La Ciencia y El Hombre** - Revista de Divulgación Científica y Tecnológica de La Universidad Veracruzana. Vol. XXI. n. 1. Enero-abril 2008. Disponível em: <https://www.uv.mx/cienciahombre/revistae/vol21num1/articulos/responsabilidad/index.html>. Acesso em: 9 ago 2017.

ROSENFELD, Patricia L. **The potential of transdisciplinary research for sustaining and extending linkages between the health and social sciences**. Social science & medicine, v. 35, n. 11, p. 1343-1357, 1992.

GT5

19

O PAPEL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

THE ROLE OF THE HERMENEUTICAL CRITICAL OF LAW IN
THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

*Guilherme Pavan Machado*²⁵³
*José Carlos Kraemer Bortoloti*²⁵⁴

Resumo: O presente trabalho busca analisar como a Crítica Hermenêutica do Direito pode contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Isso porque, no Brasil, o texto constitucional, engrenagem central de funcionamento de todo aparelho estatal, ainda apresenta grande déficit de efetividade, principalmente os direitos fundamentais, acarretando no não surgimento da Constituição Federal de 1988. Amparado na pesquisa qualitativa técnica de revisão bibliográfica e no

253 Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional IMED, na linha de pesquisa Fundamentais do Direito e Democracia. Membro do Grupo de Pesquisa: Direitos Fundamentais, hermenêutica e proporcionalidade: crítica ao desenvolvimento prático-teórico do dever de proteção aos Direitos Fundamentais. Bacharel em Direito pela Faculdade Meridional IMED. Advogado. E-mail: g.pavan.machado@gmail.com.

254 Doutor em Direito (UNESA/RJ), com Doutorado Sanduíche junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (orientação Prof. Dr. Jorge Miranda) financiado pelo PDSE/CAPES. Mestre em Direito (ULBRA/RS). Advogado. Atualmente faz parte do Corpo Docente da Escola de Direito da Faculdade Meridional - IMED, na Coordenação do NUJUR e no NDE do Curso. Pesquisador do Núcleo de Pesquisa Dignidade, Estado e Direito e do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos, ambos do PPGD Stricto Sensu da Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ); membro do Centro de Estudos e Pesquisas em Estado, Jurisdição e Direitos Fundamentais (CEPEJuD) da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED/RS). E-mail: jose.bortoloti@imed.edu.br.

método fenomenológico-hermenêutico, o problema de pesquisa consiste na indagação: A Crítica Hermenêutica do Direito pode contribuir para efetividade dos direitos fundamentais no Brasil? Erigiu-se como hipótese de pesquisa a asserção de que a teoria de Streck pode contribuir para a realização dos direitos sociais na seara jurídica, em razão de que tais direitos necessitam também da dispensa concomitante de esforços por parte do Executivo e Legislativo. Os objetivos específicos a serem desenvolvidos consistem na alusão a concepção dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro, para em segundo momento, compreender, de maneira sucinta, os paradigmas da modernidade que pairam sobre o imaginário jurídico brasileiro, e, por fim, buscar desenvolver o cerne da Crítica Hermenêutica do Direito e como ela pode contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais na seara jurídica. Pode-se afirmar que a concretização dos direitos fundamentais sociais como condição de possibilidade para o acontecer da Constituição é tema relevante a ser vociferado nas pesquisas acadêmicas, como contribuição para dar efetividade às normas constitucionais e des-cobrir a doutrina brasileira.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais; Crítica Hermenêutica do Direito Efetividade.

Abstract: The present work seeks to analyze how the Hermeneutic Critique of Law can contribute to the effectiveness of fundamental social rights. This is because, in Brazil, the constitutional text, the central operative of all state apparatus, still presents a great deficit of effectiveness, especially fundamental rights, resulting in the non-appearance of the Federal Constitution of 1988. Based on the qualitative technical research of bibliographic review and in the phenomenological-hermeneutic method, the research problem consists of the question: Can the Hermeneutic Critique of Law contribute to the effectiveness of fundamental rights in Brazil? The hypothesis of research was based on the assertion that Streck's theory can contribute to the realization of social rights in the legal arena, since these rights also require the concomitant dispensation of efforts on the part of the Executive and Legislative. The specific objectives to be developed consist of allusion to the conception of fundamental social rights in the Brazilian legal system, to secondly, to understand, in a succinct way, the paradigms of modernity that permeate the Brazilian legal imaginary, and, finally, to develop the core of the Critical Herme-

neutics of Law and how it can contribute to the effectiveness of fundamental rights in the legal field. It can be affirmed that the realization of fundamental social rights as a condition of possibility for the happening of the Constitution is a relevant topic to be vociferated in academic research, as a contribution to give effect to constitutional norms and to disguise Brazilian doctrine.

Keywords: Fundamental Social Rights; Critique Hermeneutics of Law; Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Inaugurou-se após a segunda guerra uma fase em que o direito assumiu um novo papel, passou a ser considerado um fenômeno transformador da realidade, além de adquirir autonomia. Nessa vertente, o Estado Democrático de Direito surge no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, amparado nesse cenário pró-justiça social, engajado na força transformadora do Direito e na realização dos direitos fundamentais sociais.

Embora grande o interregno de tempo que se passou desde a vigência da Constituição – aproximadamente trinta anos –, a efetividade dos direitos fundamentais sociais é utopia em um país com um texto constitucional democrático e garantidor de direitos. Isso implica na estagnação das desigualdades sociais em um cenário onde já imperam níveis alarmantes de carência de justiça social, mantendo o distanciamento entre os cidadãos e seus direitos.

Nessa perspectiva, o presente trabalho busca analisar como a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck, pode contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Isso porque, no Brasil, o texto constitucional, engrenagem central de funcionamento de todo aparelho estatal, ainda apresenta grande déficit de efetividade, principalmente os direitos fundamentais, acarretando no não surgimento da Constituição Federal de 1988.

Amparado na pesquisa qualitativa técnica de revisão bibliográfica e no método fenomenológico-hermenêutico, o problema de pesquisa consiste na indagação: A Crítica Hermenêutica do Direito pode contribuir para efetividade dos direitos

fundamentais no Brasil? A hipótese de pesquisa erigida é que a teoria de Streck pode contribuir para a realização dos direitos sociais na seara jurídica, em razão de que tais direitos necessitam também da dispensa concomitante de esforços por parte do Executivo e Legislativo.

Os objetivos específicos a serem desenvolvidos consistem (i) na alusão a concepção dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro, suas peculiaridades e por quê se deve atentar para efetividade desses direitos. Em segundo momento, (ii) compreender, de maneira sucinta, os paradigmas da modernidade que pairam sobre o imaginário jurídico brasileiro, para, por fim, (iii) buscar desenvolver o cerne da Crítica Hermenêutica do Direito e como ela pode contribuir para a efetividade dos direitos fundamentais na seara jurídica.

Cimentado na linguagem como condição de possibilidade, a concepção de Direito é compreendida como atividade interpretativa, firma a leitura do fenômeno jurídico sobre os palanques da linguagem e interpretação. A concretização dos direitos fundamentais sociais como condição de possibilidade para o acontecer da Constituição é tema relevante a ser vociferado nas pesquisas acadêmicas, como contribuição para dar efetividade às normas constitucionais e des-cobrir a doutrina brasileira.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, PARADIGMAS DA MODERNIDADE E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Os direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito brasileiro

Para abordar os direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico brasileiro hodierno, é necessária uma breve regressão sobre o significado do que foi o chamado Constitucionalismo Contemporâneo para compreensão do Direito. Foi divisor de águas para compreensão do Direito como um todo, da Constituição e dos direitos fundamentais, e do próprio Poder Judiciário.

Esse constitucionalismo surge após a segunda grande guerra e apresentou-se em dois momentos: “[...] a) implementação de um Estado Democrático de Direito, e b) no plano da teoria do direito, reformulação da teoria das fontes, da norma e da interpretação” (FERRAJOLI et al, 2012, p. 61).

A Constituição, nesse momento, deixa de ser uma carta de opções políticas (BARROSO, 2005, p. 5) para alçar força normativa e vinculante de todas as instituições estatais, rompendo com o “[...] Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam normas programáticas que seriam simples declarações políticas [...]” (CAMBI, 2007, p. 7).

Ademais, os direitos fundamentais ganharam centralidade no ordenamento jurídico, muito em razão da opção da Constituinte em positivá-los amplamente no texto constitucional, como os direitos sociais (MARINONI et al, 2014, p. 258), devendo as instituições e órgãos públicos, na tomada de suas ações e decisões, observá-los e buscar a sua efetividade.

A concepção de Estado Democrático de Direito, por si só, já consegue demonstrar o sentido que as constituições que o estabelecem propõe para o funcionamento estatal. O Brasil é um Estado Democrático de Direito, expresso constitucionalmente no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988²⁵⁵. Mais do que a simples disposição constitucional, de caráter eminentemente formal, a sua efetividade deve ser realizada na e com a sociedade.

Lenio Streck (2009, p. 66) ressalta que seu traço distintivo é o compromisso com a transformação da realidade²⁵⁶. O Direito passa a ter papel essencial na efetividade da Constituição, dos direitos fundamentais, na diminuição das desigualdades sociais, na busca pela justiça social.

As constituições, destacando a Constituição Federal Brasileira de 1988, trouxeram consigo direitos ausentes na realidade que almejam transformar, pois a ampla

255 “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 08 de fevereiro de 2017.

256 Lenio Streck afirma que “[...]o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *Welfare State* não passou de um simulacro”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo/RS, p. 65-77, jan-jun 2009, p. 66.

gama de direitos fundamentais de natureza social, econômica, cultural e tantos outros possíveis contemplados no texto constitucional estavam carentes na sociedade anterior a Constituinte.

Em outras palavras, a Constituição contempla ausências, com o fito de transformá-las em realidade em uma sociedade complexa. A Constituição Federal de 1988 espantou a massa dos juristas com o seu teor maximizador (VIEIRA, 2008, p. 446), que muitos direitos fundamentais e relações sociais contemplou.

Ademais, com o constitucionalismo contemporâneo pós-segunda guerra e com o Estado Democrático de Direito, a lei (o Direito, a Constituição) ganha um elevado grau de autonomia frente às instituições (STRECK, 2009, p. 66), especialmente a política. Passa também a coordenar, dirigir, balizar a atuação estatal rumo à concretização da Constituição (STRECK, 2003) e da transformação do *status quo*.

As Constituições passaram a ter caráter dirigente²⁵⁷, ou seja, “[...] passou a ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo” (STRECK, 2009, p. 66). Isso quer dizer que o texto constitucional passou a ser considerada um plano para a realização social²⁵⁸, dotadas de normas programáticas aptas a dirigir a atuação dos órgãos públicos, assim como o legislador na atividade legiferante.

A Constituição, em um Estado Democrático de Direito, como afirma Lenio Streck (2014b, p. 88) “[...] é uma invenção destinada à democracia [...]”, isso porque combina dois fatores importantes: um primeiro que é a garantia do exercício de direitos de todos (maiorias e minorias), bem como um segundo caractere que limita a atuação do regime democrático ao que ela – a Constituição – preceitua e estabelece para o futuro.

257 A Constituição Brasileira de 1988 sofreu forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, e incorporou a ideia do dirigismo constitucional, que tem como grandes expoentes doutrinários Joaquim Canotilho e Jorge Miranda. Na obra *Direito Constitucional*, Canotilho afirma: “[...] a teoria da constituição assume-se como teoria da constituição dirigente enquanto problematiza a tendência das leis fundamentais para: (1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (2) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direção) do processo político-social”. CANOTILHO. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 169-170.

258 Lenio, em *Verdade e Consenso* traz que “A Constituição não trata apenas dos meios; cuida também dos fins, que, exatamente, caracterizam o seu aspecto compromissório e dirigente: o desenvolvimento e a superação das desigualdades regionais, previstos no art. 3º, que encarna a obrigação da construção de um Estado Social”, e continua afirma que nesse aspecto reside o papel transformador do Direito e do Estado. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 88.

Os direitos fundamentais sociais ganham relevância substancial em um país onde as desigualdades sociais estão fortemente presentes, onde há sede por justiça social. Nesse cenário, a realização dos direitos sociais deve ser tomada como compromisso indissociável e necessário no Brasil, como forma consequente de efetivar a Constituição.

Nesse sentido, tais direitos assumem a centralidade do ordenamento jurídico contemporâneo, constituindo como balizas e objetivos de observância obrigatória para atuação das instituições (SARLET, 2007, p. 73). Não bastasse, integram as cláusulas pétreas constitucionais, conforme o art. 60, § 4º, IV do texto constitucional, estando esquivas a alterações mediante emendas constitucionais.

Enquanto direitos fundamentais, os direitos sociais também são dotados da aplicabilidade imediata, o que corrobora um regime jurídico privilegiado no ordenamento jurídico, que Sarlet (2012, p. 58) chama de “juridicidade reforçada”, característica diferencial e de deferência que reflete a posição de destaque desses direitos no cenário jurídico brasileiro.

Jorge Reis Novais (2010, p. 84) conceitua os direitos sociais como direitos fundamentais que geram ao Estado o dever de respeitar, proteger e realizar os bens (jurídicos) inerentes à sociedade como um todo, quais sejam, por exemplo, o direito à saúde e o direito à educação. Tal definição demonstra que os direitos fundamentais estão voltados tanto para a dimensão positiva quanto negativa, pouco importando sua natureza, se individual ou social.

Essa discussão foi travada em razão da necessidade de o Estado despender esforços econômicos para efetivar os direitos sociais, que possuiriam, então, apenas a dimensão positiva. Logo, um argumento utilizado para afastar a conexão necessária do caráter fundamental aos direitos sociais era de que somente poderiam ser fundamentais aqueles direitos negativos, os individuais²⁵⁹. Contudo, contemporaneamente tal divisão é defasada, e majoritariamente a doutrina reconhece a dúplice di-

259 Na esteira de Flavia Piovesan (2013, p. 65), “[...]sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a mera categoria formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar liberdade divorciada da justiça, como também infrutífero pensar na justiça divorciada da liberdade. Em sumam todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que diferentes direitos estão necessariamente interrelacionados e são interdependentes entre si”.

menção dos direitos fundamentais, como negativos e positivos concomitantemente (FERRAJOLI, 2002, p. 10).

Nesse sentido, percebe-se que os direitos (fundamentais) sociais no Brasil assumem a função precípua de aproximar da sociedade a justiça social e distanciar as desigualdades sociais, como a miséria, fome, falta de saúde ou educação. Por constituírem-se majoritariamente sob a dimensão positiva, que exige um esforço econômico estatal, a realização desses direitos está atrelada ao orçamento público e às condições financeiras do Estado, e, portanto, podem ter a sua efetividade prejudicada frente a atual recessão econômica e crise política brasileira.

De todo o exposto, pode-se concluir que os direitos fundamentais assumiram a centralidade do ordenamento jurídico brasileiro, vinculando obrigatoriamente os Poderes Públicos para sua máxima realização e efetividade (CADERMATORI, CANUT, 2011). Os direitos sociais ganham relevância em razão da imprescindibilidade para a sociedade brasileira atualmente, bem como por serem responsáveis por aproximar dos cidadãos bens jurídicos indispensáveis para uma vida digna, como saúde, educação e alimento.

Parece, portanto, inquestionável que os direitos fundamentais sociais constituem, também, a cepa do funcionamento estatal brasileiro, devendo o Estado compreendê-los com base nas mudanças trazidas pelo Constitucionalismo Contemporâneo e Estado Democrático de Direito, empenhando-se na sua realização e efetividade.

Lênio Streck (2014b) há muito denuncia a inefetividade constitucional sob a forma do que chamou de “baixa constitucionalidade”, que consiste em uma baixa compreensão das transformações trazidas pelo Constitucionalismo Contemporâneo, isso porque seu surgimento por si só não garante a efetividade das normas constitucionais. Há a necessidade de forjar pré-compreensões autênticas²⁶⁰ com o intento de criar condições que deem ensejo a manifestação de sentido da Constituição, como por exemplo adequação das teorias embasantes da concepção de Direito, como a Teoria da Constituição específica para as peculiaridades do Brasil (STRECK, 2014b, p. 86).

260 Fausto Santos de Moraes, afirma que as pré-compreensões, calcadas na história do Direito e no que ele denomina de “modo-de-ser-do-Direito”, dão sentido aos significados de Constituição, Lei, Jurisprudência, bem como direcionam como devem ser interpretadas. MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 201.

A Constituição carece de efetividade, na acepção de Streck²⁶¹, por “[...] olhar o novo com os olhos do velho...” (STRECK, 2002, p. 31), estando o Direito brasileiro muito engendrado em uma concepção liberal-individualista, ainda esperando a implementação efetiva de um Estado Democrático de Direito e “[...] um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário [...]” (STRECK, 2002, p. 31).

O Brasil precisa de lentes, a visão embaçou e não se consegue ter clareza no e do direito. E essa é a função da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) de Lenio Streck, que de há muito se engaja nessa empreitada. Utilizando-a como referencial teórico, é necessário a compreensão das crises paradigmáticas pela qual está (ainda) assentado o Direito e a dogmática jurídica no Brasil (STRECK, 2009a, p. 31), para, posteriormente, já com as pré-compreensões²⁶² sobre o assunto formadas, compreender como a sua teoria pode ajudar na efetivação da Constituição Federal de 1988.

Os paradigmas da modernidade inebriam o acontecer da Constituição

Para compreensão, ainda que de maneira rasa, da crise de paradigmas que ofuscam o sentido da Constituição brasileira e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, será necessário tratar da virada ou guinada ontológico-linguística, o modelo liberal-individualista-normativista de produção do Direito, o paradigma da filosofia da consciência e de interpretação.

Essa crise de efetividade do Direito, da Constituição e dos direitos fundamentais-sociais, dá-se em razão da ainda utilização de um velho modo de produção do

261 Cumpre, ressaltar passagem do livro de Streck para esclarecimento da concepção de Constituição hoje inserida no Brasil: “Nesse sentido vem bem a propósito a indagação de Gisele Cittadino: ou a Constituição é, na medida em que organiza a vida político-estatal e regula a relação Estado-Cidadão, apenas um ordenamento marco e, portanto, o entendimento dos direitos fundamentais se resume a direitos subjetivos de liberdade voltados para a defesa contra a ingerência indevida do Estado, ou a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade em seu conjunto e a isso corresponde uma concepção de direitos fundamentais como normas objetivas de princípio que atuam em todos os âmbitos do Direito? Lamentavelmente, a cultura jurídica brasileira (pensamento jurídico-dogmático dominante), positivista e privatista, defende uma concepção de Constituição que está inserida na primeira hipótese”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 31.

262 Fausto Santos de Moraes, afirma que as pré-compreensões, calcadas na história do Direito e no que ele denomina de “modo-de-ser-do-Direito”, dão sentido aos significados de Constituição, Lei, Jurisprudência, bem como direcionam como devem ser interpretadas. MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 201.

Direito, o modelo liberal-individualista normativista. Paradigma esse esgotado, em razão das novas complexidades forjadas na sociedade atual, crescimento dos direitos transindividuais e com o modelo de Direito oriundo do Estado Democrático de Direito²⁶³. O mote, conforme assevera Streck, é “deixar vir o novo à presença [...]” (STRECK, 2003, p. 259).

O modelo liberal-individualista resultou de um acentuado desenvolvimento do capitalista, e conseqüentemente, favorecimento da classe dominante, a burguesia, bem como também é produto de uma corrida por interesses liberais-individualistas e um Estado centralizado (WOLKMER, 1995, p. 17). Ou seja, a competição econômica, a busca por capital, a liberdade de contratar e o direito de propriedade, a não intervenção do Estado frente as garantias individuais e o paradigma liberal eram características marcantes na modernidade.

Outro ponto relevante nesse ínterim, e que se relaciona com a filosofia da consciência que será tratada mais à frente, é que o homem enquanto ser individual é “centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais; faz do ser individual um ‘valor absoluto’” (WOLKMER, 1995, p. 17-18), o que só reafirma que esse momento histórico é sinônimo de vontade individuais, preponderando a liberdade e igualdade formal dos seus cidadãos.

O Direito, na modernidade, é forjado sobre essas variantes. As condições sociais dos indivíduos são ocultadas, é dizer que para o modelo jurídico liberal-individualista, as condições sociais ou as desigualdades sociais entre os indivíduos sob sua égide não importa, não preza pela igualdade material. Almeja, contudo, a igualdade formal dos indivíduos, a igualdade perante a lei dos atores sociais.

Wolkmer (1995, p. 23) ainda denuncia alguns outros caracteres desse Direito, como a codificação em leis gerais, abstratas e impessoais, igualdade Direito à Lei, tal qual o positivismo do século XIX²⁶⁴, e ainda a empreitada por um “formalismo

normativista com pretensões de ‘ciência’”, por um Direito técnico e científico, que vela as origens sociais e econômicas da pirâmide capitalista de poder.

No Brasil, Streck (2009a, p. 31-32) vê o reflexo desse paradigma concretizado no desempenho da profissão jurídica (referente a atuação dos advogados, dos juízes²⁶⁵), na dogmática jurídica reproduzida pelos doutos, no ensino jurídico que vocifera nos ambientes acadêmicos²⁶⁶ e na legitimação do Direito no Brasil.

O imaginário jurídico brasileiro está engessado por aquilo que o professor argentino Luis Alberto Warat – e defendido por Lenio Streck – chama de senso comum teórico. Brevemente, esse senso aliena o pensar do jurista, porque o ambiente jurídico em que está inserido e a dogmática jurídica reproduzem “construções retórico-ideológicas” (STRECK, 2013, p. 196), objetivando a padronização e universalização do saber jurídico, instituindo verdades e certezas, que são – mais uma vez – reproduzidas pelos juristas, magistrados e professores²⁶⁷.

movimento pela codificação buscava um sistema de normas, deduzidas pela razão e feitas valer pela lei. Sobre esse movimento pela codificação podemos citar Thibaut, Bentham e Austin, conforme bem denuncia Bobbio. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

265 Streck evidencia uma realidade vivenciada pelo ensino jurídico, principalmente presente nas famigeradas, temidas e conhecidas provas da OAB: “[...] o modo de produção de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício ou onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o réu/vítima”, “[...] a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um *prêt-à-porter significativo* contendo uma resposta pronta e rápida”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32.

266 Quanto a magistratura, Streck cita dois fatores que agravam essa crise, que são o individualismo e o formalismo excessivo. O primeiro traduz-se “[...] pela convicção de que a parte precede o todo, ou seja, de que os direitos do indivíduo estão acima dos direitos da comunidade; como o que importa é o mercado [...] o individualismo tende a transbordar em atomismo: *a magistratura é treinada para lidar com as diferentes formas de ação, mas não consegue ter um entendimento preciso das estruturas socioeconômicas onde elas são travadas*”. Já o segundo – formalismo – “[...] decorre do apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais, justificados em norma da certeza jurídica e da ‘segurança do processo’. Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34.

267 Metaforicamente e didaticamente, explica figuradamente bem a parábola dos macacos e o cacho de banana. A respectiva estória conta que cientistas botaram em uma jaula cinco macacos, uma escada, e sobre essa escada um cacho de bananas. Quando o primeiro macaco tentou alcançar o cacho de banana, os cientistas penalizaram os demais com um jato de água gelada. Posteriormente, quem tentava pegar as bananas, era agredido pelos demais primatas. Ocorre que os macacos foram sendo substituídos, sucessivamente, um a um, e sempre que o novato tentava subir na escada, os demais o agrediam, sem, portanto, serem penalizados com jatos de água. Os cientistas possuíam, ao final do experimento, um grupo de macacos nunca penalizado com jato de água, mas que batia no macaco que tentava pe-

263 Lenio Streck afirma “O paradigma (modelo/mo de produção de Direito) liberal-individualista-normativista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clamam novas posturas dos operadores jurídicos”, e ainda “Essa crise ocorre porque o velho modelo de Direito (de feição liberal-individualista-normativista) não morreu e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago 2003, p. 259.

264 Começou a desenvolver-se um movimento pela codificação, liderado pelos iluministas, que objetivavam reduzir em um código as leis expressões do direito natural. Em contraponto ao historicismo, não acreditavam em um direito consuetudinário. Sinteticamente, esse

Essa reprodução de sentido enraíza ainda mais esse conhecimento acríptico pulverizado pelo senso comum teórico, tornando cada vez mais rarefeito pensares críticos e novas interpretações sobre o acontecer da doutrina jurídica. Algo que vai ficando, reproduzindo e reproduzindo, resultado que acarreta na pouca produção/construção de sentido, ignorando o DNA das palavras (STRECK, 2013, p. 196) e as possibilidades que a linguagem proporciona. O senso comum teórico vela o conhecimento jurídico, encobre novas possibilidades de sentido, e essa também é a cruzada da Crítica Hermenêutica do Direito.

Esse modo de produção de direito brasileiro treinado para desenvolver conflitos interindividuais não consegue enxergar mais do que se está a sua frente, cego para a comunidade em que se está inserido, a Constituição, a complexidade cada vez maior da estrutura social. Cada vez mais, os conflitos saíam da seara individual (ou interindividual) para a transindividual, fruto de uma sociedade complexa, a citar, por exemplo, lides ambientais, como o caso da Samarco.

Essa é a crise paradigmática que obnubila o surgimento do Direito brasileiro forjado no Estado Democrático de Direito e a efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Entretanto, há mais (infelizmente) névoa sobre o direito brasileiro, que é definida como a filosofia da consciência e o esquema sujeito-objeto.

Anteriormente, porém, a metafísica clássica²⁶⁸ acreditava que nas coisas havia uma essência, e por isso tinham sentido. As coisas tinham sentido porque havia nelas uma essência. A superação do objetivismo veio com a modernidade, que deslocou para a razão (produto do iluminismo) a busca dos fundamentos do homem, nascendo a subjetividade. O mundo passava a ser explicado pela razão, dando azo ao esquema sujeito-objeto, o que proporcionou o surgimento do Estado Moderno (STRECK, 2013a, p. 13-14).

gar as bananas. Por certo, se a pergunta “Por que vocês atacam e batem em quem tenta se aproximar das bananas?” pudesse ser feita aos primatas, a resposta seria “Não sei, as coisas sempre funcionaram dessa maneira...”. Analogamente, essa estória e o senso comum teórico evidenciam a alienabilidade e reprodução de sentido, que, particularmente no campo jurídico, o imaginário dos juristas está infectado por esse senso, que lhes destituem a capacidade de pensar, de criticar, e lhes incentiva a reproduzir sentidos, superficiais, enjaulados no esquema sujeito-objeto, refratário a viragem ontológico-linguística.

²⁶⁸ É com Aristóteles encontrou a expressão de ciência primeira, porque o seu objeto estava no objeto de todas as demais ciências, e seu princípio condiciona a validade de todos os outros princípios. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13.

A filosofia da consciência faz que com o sujeito solipsista²⁶⁹ acredite ser o fundamento do conhecimento, ou seja, o conhecimento é do sujeito, ele o gere e lhe dá vida. Streck (2013a, p. 60-61) vê em Schopenhauer o extremo desse aforismo, quando o filósofo firma seu pensamento na ideia de que o Eu comanda o mundo, o mundo é controlado pelo sujeito, consciente e inconscientemente, o mundo é o que o sujeito imagina, quer e decide que é.

A subjetividade e o sujeito como centro da produção do conhecimento, o sujeito como condição de possibilidade e a linguagem como instrumento para chegar ao saber são características fulcrais dessa filosofia, onde, segundo Streck (2013a, p. 40), o sujeito “assujeita” as coisas, reafirmando o esquema sujeito-objeto.

As consequências do sequestro do imaginário dos juristas pelo esquema sujeito-objeto são inúmeras e graves²⁷⁰. O texto é aquilo que o intérprete quer que seja, o sujeito no alto da relação com o objeto, os sentidos atribuídos ao texto dependem da vontade/subjetividade de quem interpreta (STRECK, 2007, p. 37), interpretar e aplicar são institutos diferentes, a comunhão da subjetividade do sujeito com a objetividade enunciado pelo texto, a “objetificação” da realidade (STRECK, 2003, p. 301) pelo ser pensante, sustentam esse paradigma.

Está arraigado também à dogmática jurídica brasileira a crença nos cânones de interpretação, aqueles gramatical, teleológico, sistemático, bem como na ideia de que primeiro se interpreta para depois aplicar. Os métodos tradicionais de interpretação não conseguem satisfazer ou atender as especificadas trazidas junto à Constituição referente às normas de direitos fundamentais²⁷¹, bem como um méto-

²⁶⁹ O solipsismo e o sujeito solipsista é uma criação filosófica. Solipsismo quer dizer egoísta, encapsulado. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60-61.

²⁷⁰ Fausto Santos de Moraes, em seu livro *Ponderação e Arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*, denuncia a crítica de Streck ao imaginário jurídico brasileiro, afirmando que esse “[...] não se livrou da influência de um direito marcado pelo positivismo jurídico e pelo formalismo científico”, e destaca que ainda hoje conceitos como validade e vigência, texto e norma são considerados sinônimos. MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 183-184.

²⁷¹ Como bem assevera Streck em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: “(...) as práticas hermenêutico-interpretativas vigorantes/hegemônicas no campo de operacionalidade – incluindo aí a doutrina e a jurisprudência – ainda estão presas à dicotomia sujeito-objeto, carentes e/ou refratários à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico ocorrida contemporaneamente, onde a relação passa a ser sujeito-sujeito. Dito de outro modo, no campo jurídico brasileiro a linguagem ainda tem um caráter secundário, uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, enfim, uma espécie de instrumento ou veículo condutor de ‘essências’ e ‘corretas exegeses’ dos textos legais”. STRECK, Lenio Luiz.

do racional de interpretação, ou um metacritério que venha a dizer o modo correto de interpretar, faz com que o rumo seja a objetificação do direito (HEILER, 2014).

Por isso também Streck acredita em uma hermenêutica na totalidade, amparada na existencialidade/historicidade e como condição de ser-no-mundo, não amparado sobre um método²⁷², onde prevalece a relação sujeito-sujeito e a linguagem não como terceira coisa entre sujeito e objeto, mas condição de possibilidade hermenêutica.

E como entender o prejuízo disso hoje para o Brasil, ou para o Estado Democrático de Direito? A subjetividade e arbitrariedade dos tribunais nas decisões, especialmente para os *hard cases* (diferenciação equivocada oriunda desses paradigmas)²⁷³, ou, bipolarmente acreditar que lei é direito (objetividade do texto), bem como a reprodução do senso comum teórico pelos juristas, a cultura do ensino jurídico *standard*²⁷⁴, cultuando manuais, resumos e resumos dos resumos, fortificam esse paradigma velho, ultrapassado, que objetifica o direito e encobre o surgimento

Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 18.

272 “A hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se uma ontologia, o modo de “ser do homem”, o modo de “compreender”, de “conhecer”, desvalorizando, dessa maneira, a teoria positivista, derivada da rígida posição objetivista e absolutista da Ilustração, que eleva a razão a um status de inquestionabilidade e inatingibilidade”. LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Hermenêutica Jurídica em Gadamer.** In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 37, n. 145, p. 101-112, jan-mar 2000. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017. Ainda, sobre esse mesmo aspecto, “[...]conforme alerta Streck [...], pensar a atividade hermenêutica como produto de métodos implica pensá-la como instrumento do conhecimento, o que é equivocado. À luz do pensamento de Gadamer[...], podemos aduzir que hermenêutica é existência e remete aquilo que acontece ao homem enquanto homem”. RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. **A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer.** In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45, n. 177, p. 265-283, jan-mar 2008, p. 270. Disponível em < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_direito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf?sequence=4>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

273 “É preciso insistir nisso. Consciência e mundo, linguagem e objeto, sentido e percepção, teoria e prática, texto e norma, vigência e validade, regra e princípio, casos simples e casos difíceis, discursos de justificação e discursos de aplicação: esses dualismos se instalaram no nosso imaginário sustentado pelo esquema sujeito-objeto”. STRECK, Lenio Luiz. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto.** In: Revista Sequencia, Florianópolis, v. 28, n. 54, p. 29-46, julho 2007, p. 42.

274 Fausto Morais incita uma crítica à cultura do estudo do direito no Brasil, aquela manualesca, resumida, “fast-food” no dizer de Streck, implicando em teorias de base ao Conceito de Direito fracas, o que dificulta a pretensão de correção como atributo do Estado Democrático de Direito. MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF.** 1a ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 202.

da Constituição. Ao passo que ratificam esses paradigmas, enfraquecem os pilares centrais do Estado Democrático de Direito: a democracia, a produção democrática e a autonomia do Direito, bem como a possibilidade de transformação social²⁷⁵.

A tradição jurídica brasileira majoritariamente está arraigada ainda nesses paradigmas que velam o novo sentido que a Constituição Federal de 1988 ganhou com o surgir do Estado Democrático de Direito que discussões desse cariz parecem palavras jogadas ao vento, sem qualquer efeito prático efetivo no direito. Entretanto, é preciso lanhar esse imaginário que anuvia o acontecer do novo direito, é preciso trazer à tona a viragem ontológico-linguística, é necessário romper com os paradigmas que atrasam o realizar da Constituição²⁷⁶.

O giro linguístico (*linguistic turn*) marcou a transição da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem²⁷⁷, deslocando para a linguagem a condição de possibilidade de acesso ao conhecimento. Ou seja, com a linguagem somos-no-mundo e compreendemos o mundo, abandonando aquela concepção de ser uma terceira

275 Streck afirma que o formalismo cientificista vela essa possibilidade de transformação da realidade que o Direito adquiriu com o advento do Estado Democrático de Direito, isso porque o Direito, com base nesse paradigma, é visto como um instrumento formal, conforme afirma: “Dito de outro modo, o formalismo tecnicista que foi sendo construído ao longo de décadas ‘esqueceu-se’ do substrato social do Direito e do Estado. E esqueceu-se, fundamentalmente, do grau de autonomia que o Direito alcançou no paradigma do Estado Democrático de Direito. Ou seja, transformado em uma mera instrumentalidade formal, o Direito deixou de representar uma possibilidade de transformação da realidade, à revelia do que a própria Constituição estatuiu: a construção do Estado Democrático (e Social) de Direito”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito.** In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo/RS, p. 65-77, jan-jun 2009, p. 68.

276 “Não há como negar que a ausência de uma adequada compreensão do novo paradigma do Estado Democrático de Direito torna-se fator decisivo para a inefetividade dos valores constitucionais. Acostumados com a resolução de problemas de índole liberal-individualista e com posturas privatísticas que ainda comandam os currículos dos cursos jurídicos (e os manuais jurídicos), os juristas (compreendidos lato sensu) não conseguiram, ainda, despertar para o novo. O novo continua obscurecido pelo velho paradigma, sustentado por uma dogmática jurídica entificadora”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito.** In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo/RS, p. 65-77, jan-jun 2009, p. 68.

277 Habermas, em sua obra *Constelação Pós-Nacional*, traz a ruptura da modernidade calcada sob as premissas da consciência para o ingresso da linguagem na razão, que, com a virada linguística, que encontrou maior expressão em Wittgenstein e Heidegger, retirou do sujeito o centro de toda a razão. Jürgen Habermas ainda afirma que Heidegger propõe um deslocamento para a linguagem, uma compreensão de mundointimamente relacionada com a apreensão linguística do mundo, compreendendo na linguagem como um conjunto de condições de possibilidade que ajudam a compreender a priori algo como racional ou irracional. Afere ainda que Wittgenstein, com seu conceito de jogos de linguagem, traz a relação entre falar e agir, formadoras de uma gramática de linguagem, constitutiva para uma prática cotidiana de vida. HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 183-185.

coisa na relação sujeito-objeto para ser indispensável na compreensão do homem enquanto ser-no-mundo.

O giro linguístico faz com a linguagem e a prática ingressem na filosofia, assim como transfere o conhecimento para o âmbito da linguagem, consistindo no mote de que é na linguagem que se dá a ação, e é na linguagem que se dá o sentido. Essa viragem ontológico-linguística é a nova condição de possibilidade de constituição de sentido. O sentido, portanto, não está mais na consciência, mas sim na linguagem, alterando a concepção de que o homem relaciona-se com o objeto, mas essa relação dá-se sim com a linguagem, que é condição de possibilidade desse relacionamento. Por isso também a linguagem não é estranha mais na relação sujeito-objeto, não pode ser produto de um sujeito solipsista, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento, rompendo com o esquema sujeito-objeto para o surgimento da relação sujeito-sujeito (STRECK, 2013a, p. 14-17).

Relação essa que encontra esteio na percepção de que a construção de sentido se dá mediante um processo de comunicação recíproco entre os seres humanos integrantes de uma comunidade real e linguística. A linguagem, tanto em Wittgenstein e Heidegger, é entendida como ação humana, é uma ação prática, fática. Por isso enquanto compreendida enquanto uma ação interativa entre os seres, não pode ser produto de um sujeito solipsista (lembrando a concepção que o termo traz, egoísta, isolado), mas denuncia a necessidade de uma comunidade de sujeito em interação (STRECK, 2009a, p. 170).

Wittgenstein e Heidegger podem ser considerados expoentes da filosofia da linguagem, afirmando a dependência do mundo pela linguagem, “[...] não existe um mundo em si, que independa da linguagem; *somente temos o mundo na linguagem*” (STRECK, 2009a, p. 170), exarando que não existem essências, como postulou Aristóteles, tampouco a relação entre nomes e coisas, como propunha o nominalismo, assim como a exatidão da linguagem é um mito da filosofia (STRECK, 2009a, p. 170).

O PAPEL DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK

A Crítica Hermenêutica do Direito é a teoria desenvolvida por Lenio Luiz Streck, que, em linhas gerais, “[...] busca apresentar um ferramental para a interpretação do direito” (STRECK, 2016a, p. 11), influenciado pelas teorias de Wittgenstein, Heidegger, Gadamer e Stein. O objetivo da teoria de Streck é des-velar o que está encoberto, que está entificado, ou seja, aquilo que cotidianamente não é questionado. Almeja romper com os paradigmas anteriormente mencionados no item anterior, com a finalidade de trazer efetividade à Constituição e o Estado Democrático de Direito.

E, nesse sentido, Streck vai trabalhar alguns postulados do seu pensamento que são importantes para a compreensão da teoria. O primeiro deles é a linguagem como condição de possibilidade, a recepção do *linguistic turn* para conceber a linguagem como algo que nos possui²⁷⁸, ou seja, “não possuímos linguagem: é a linguagem que nos possui!”²⁷⁹.

Outra premissa da teoria da Crítica Hermenêutica do Direito é afirmar que o indivíduo não interpreta a partir de um grau zero, mas no momento da interpretação traz consigo os elementos que foi adicionando ao seu círculo hermenêutico, seu horizonte de conhecimento. É dizer que “é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão [...]” (STRECK, 2016a, p. 12), ou seja, as pré-compreensões do intérprete.

As pré-compreensões – e atenção para não confundir com preconceitos²⁸⁰ – constituem aquilo que já temos disponível em nosso disco rígido, e engloba a com-

278 “[...] isto porque a partir da viragem linguística e do rompimento do paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (e de suas vulgatas voluntaristas), a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016a, p. 12.

279 E no mesmo trecho, Streck afirma: “Caímos no mundo da linguagem que nos antecede. A nossa condição de ser-no-mundo está condicionada pela compreensão que temos dos fenômenos. Também – e fundamentalmente – o direito é assim um fenômeno linguístico, cujas relações de poder – e o direito é constituído e constituinte de tais relações – estarão condicionadas às possibilidades de novo processo de inserção nesse universo linguístico-hermenêutico”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 229.

280 Tal confusão é motivo de críticas por Lenio na obra **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed.

preensão do ser-no-mundo, “[...] como aquilo que já sempre representa uma antecipação que acompanha todo o nosso conhecimento” (STRECK, 2014a, p. 239), da nossa tradição e historicidade, percebendo que somos (*Dasein*)²⁸¹.

Por meio de um exemplo talvez se consiga ser mais tático a questão das pré-compreensões, e problematizando com o objetivo deste trabalho. Imagine um estudante, antes de entrar no curso de Direito, lendo a Constituição Brasileira, e de tal maneira é dedutivo pensar que daquele exercício o acadêmico conseguirá extrair informações superficiais do texto constitucional. Contudo, esse mesmo estudante, bacharel em Direito, realiza a mesma leitura da Constituição, conseqüentemente, em razão do conhecimento apreendido durante a faculdade, o estudante (bacharel) conseguirá ser próximo a um número maior de conhecimento que quando leu o texto antes de cursar Direito. E aqui está evidenciado o papel das pré-compreensões e do círculo hermenêutico que Streck traz que antecipam o sentido de algo que já compreendemos antes de compreender.

Sinteticamente, em razão do breve espaço científico deste trabalho, Lenio Streck produz uma teoria que busca romper com os paradigmas que obnubilam o Direito no cenário brasileiro, utilizando a hermenêutica de cariz heideggeriana, para defender que, por meio da linguagem e da interpretação, possa se dar efetividade à Constituição.

E nessa perspectiva, é necessário que se reconheça a existência desse paradigma metafísico e, conseqüentemente, buscar desvelar o acontecer da Constituição. A pergunta que surge é: como? Streck (2014, p. 385), portanto, vai afirmar que o encobrimento do ser da Constituição é o esquecimento, o não pensar que mergulha os juristas na inautenticidade do Direito, que vai implicar no senso comum teórico, na standardização do Direito, alienação a existência do jurista na história e compreensão de si no mundo.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 231-236.

281 “[...] o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a facticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico)”. STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 11.

É, portanto, reconhecer a ineficácia dos textos constitucionais através de um processo de interpretação, deixando de lado os cânones de interpretação, métodos²⁸² e o senso comum teórico, que toma o lugar das pré-compreensões, obstando o aparecer do novo (STRECK, 2014, p. 386).

O que é lógico nesse cenário é que a constante reprodução de sentido patrocinado pelo senso comum teórico, o ensino jurídico *fast food*, além de uma atuação jurisdicional ainda calcada nos paradigmas metafísicos gera mais reprodução de sentido, e das fábricas das faculdades de Direito saem bacharéis que acreditam que esses problemas denunciados por Streck são normais, cotidianos do Direito e que Direito é assim, porque, afinal, sempre foi assim.

É necessário levar a sério a efetividade da Constituição, como forma de efetivar conseqüentemente o Estado Democrático de Direito por ela instituído²⁸³, para que os direitos fundamentais possam alçar efetividade no sistema, e isso, conseqüentemente, diminuirá desigualdades sociais e ampliará a justiça social.

A não recepção dos “paradigmas jurídico-constitucionais” (STRECK, 2014, p. 393) desagua na baixa constitucionalidade, na baixa compreensão da evolução que as Constituições adquiriram depois do segundo pós-guerra, com o Constitucionalismo Contemporâneo, na inadequação da teoria do Estado, na perda do princípio ativo do Direito²⁸⁴.

Nesse sentido, é necessário um olhar hermenêutico, para que por meio da interpretação da Constituição, esquivo ao paradigma metafísico, consiga dar a devida

282 Lenio Streck vai afirmar que não é necessário métodos para interpretação, isso porque “[...] o método ‘morreu’ porque morreu a subjetividade que sustentava a filosofia da consciência (*locus* do sujeito solipsista – *Selbstsüchtiger*). O método – supremo momento da subjetividade – soçobra diante da superação do esquema sujeito-objeto. *Método não é sinônimo de racionalidade*. Longe disso!”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 232.

283 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]. BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 04 de maio de 2017.

284 “[...] ‘baixa constitucionalidade’, que, dentre outros fatores, decorre da não recepção dos novos paradigmas jurídico-constitucionais, bem como da falta de compreensão acerca da evolução da Teoria do Estado (condição de possibilidade para a Teoria da Constituição). *Baixa constitucionalidade* significa *baixa compreensão*, que ocorre porque a doutrina e a jurisprudência continuam assentadas nos postulados da hermenêutica clássica, de cunho reprodutivo. Explicando melhor: os juristas ainda pensam que as palavras refletem a essência das coisas (*sic*), como se a tarefa do intérprete se restringisse a ‘acessar’ esse sentido (unívoco) ontológico [...]”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 393.

significação ao texto constitucional, fazendo com que a Constituição seja efetivamente o constituir de uma sociedade, a vinculação e o estabelecimento de condições para o agir estatal, assim como irradie para as normas de todo o sistema²⁸⁵.

Abrir uma clareira no Direito, des-ocultar caminhos, des-cobrir sendas encobertas... É este o desafio! (STRECK, 2014, p. 393).

CONCLUSÃO

Cimeira a importância que o Direito alçou após a segunda guerra, por aquilo denominado de Constitucionalismo Contemporâneo, que influenciou na promulgação de Constituições empenhadas na transformação da realidade e na promoção da justiça social, sob o véu do Estado Democrático de Direito. O Direito passa a ter autonomia, assume posição elevada para o funcionamento estatal, pois as instituições devem observar as disposições constitucionais, principalmente os direitos fundamentais.

Entretanto, a inefetividade do texto constitucional obsta essa transformação social, emperra a diminuição das desigualdades, o aumento da justiça social, e o acontecer da Constituição. Isso, em razão, com base na teoria da Crítica Hermenêutica do Direito, do paradigma metafísico que assola o imaginário do jurista.

Aqui ressalva seja feita: o presente trabalho aborda a perspectiva jurídica de um dos problemas do Brasil. Não pode o Direito resolver todos os problemas que infectam o ordenamento, assim como também a Crítica Hermenêutica do Direito não pode. A crise que fustiga o solo brasileiro é multifacetada e de vários setores, por isso que o recorte dado neste artigo refere-se ao problema jurídico de efetividade dos direitos fundamentais sociais sobre o prisma da teoria de Streck.

285 “A partir desse olhar hermenêutico, entendo que a significação do texto da Constituição somente se constitui na ação prática dos intérpretes. [...] Em outras palavras, é preciso entender que o objeto da interpretação não é o texto (em si) da Constituição, pela simples razão de que o texto não “flutua no ar”. [...] Sem modificar o nosso modo de compreender o mundo, sem superar a relação sujeito-objeto, sem superar a cultura manualesca que assola o imaginário dos juristas, é temerário falar no papel transformador do Direito e tudo o mais que dele decorre. Dizendo de outro modo: ou se acaba com a standardização do Direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 393.

Com a ruptura dos paradigmas da filosofia da consciência, do esquema sujeito-objeto e a cultura manualesca que standardiza o Direito, poderá se falar em um acontecer da Constituição. O constituir que a Constituição pressupõe poderá acontecer com um olhar hermenêutico, e com a compreensão do novo paradigma vivenciado, da linguagem como condição de possibilidade e da interpretação como condutora de uma significância adequada da Constituição.

As pré-compreensões constituem importante aspecto da teoria de Streck a serem fortalecidas pelos juristas brasileiros. São, em linhas gerais, aquilo que já conhecemos antes de tentar conhecer algo (algo como algo), o que molda o nosso pensar jurídico e nossa visão crítica sobre o fenômeno Direito que acontece cotidianamente. Por isso a necessidade de ter pré-compreensões harmônicas com o desenho do Estado Democrático de Direito, da Constituição de 1988, com os direitos fundamentais e seu dever de proteção, com uma adequada teoria da decisão, das normas, etc. As pré-compreensões são um (primeiro e) grande passo para que se consiga romper com os paradigmas da modernidade.

A hipótese erigida no presente trabalho – que a CHD contribui para que os direitos fundamentais sociais alcem efetividade – foi corroborada, uma vez que com a ruptura dos paradigmas da modernidade, e a imersão do imaginário jurista brasileiro em um banho de hermenêutica, linguagem e interpretação, autenticando suas pré-compreensões, se conseguirá efetivar os direitos fundamentais sociais e a Constituição, para que essa última consiga cumprir com seu papel, de constituir a sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 1-42, abril/junho 2005.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm. Acesso em 04 de maio de 2017.

CADEMARTORI, Sergio; CANUT, Letícia. **Neoconstitucionalismo e direito á saúde: algumas cautelas para análise da exigibilidade judicial**. In: Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 12, n. 1, março-junho 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: Papnótica, Vitória, ano 1, n. 6, fevereiro 2007, p. 1-44.

CANOTILHO. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Prólogo do livro Los derechos sociales como derechos exigibles**, de Victor Abramovich e Christian Courtis. Madrid: Trotta, 2002.

HEILER, Jeison Giovanni. **Hermenêutica constitucional e condições de efetividade dos direitos fundamentais**. In: Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Hermenêutica Jurídica em Gadamer**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 37, n. 145, p. 101-112, jan-mar 2000. Disponível em < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/560/r145-12.pdf?sequence=4>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Fernando José Armando; BRAGA, Bárbara Gonçalves de Araújo. **A aplicação do Direito na perspectiva hermenêutica de Hans-Georg Gadamer**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 45, n. 177, p. 265-283, jan-mar 2008, p. 270. Disponível em < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160157/Aplica%C3%A7%C3%A3o_direito_perspectiva_hermeneutica_177.pdf?sequence=4>. Acesso em 27 de fevereiro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em < <http://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>>. Acesso em 06 de agosto de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **O Estado Democrático de Direito**. In: Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, pg. 15-34, jul-ago 1988, p. 15. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45920/44126>>. Acesso em 08 de fevereiro de 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, vol. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago 2003.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Bases para a compreensão da hermenêutica jurídica em tempos de superação do esquema sujeito-objeto**. In: Revista Sequencia, Florianópolis, v. 28, n. 54, p. 29-46, julho 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), São Leopoldo/RS, p. 65-77, jan-jun 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009a.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

STRECK, Lenio Luiz. **A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis**. In: Revista Sequência, Florianópolis, n. 69, p. 83-108, dez. 2014b.

STRECK, Lenio Luiz. Os direitos fundamentais-sociais e o problema do ativismo judicial. In: BORTOLOTTI, José Carlos Kraemer; MORAIS, Fausto Santos de. **A jurisdição constitucional e os desafios à concretização dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016a.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Revista Direito GV, São Paulo, 4 (2), p. 441-464, jul-dez 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideias e instituições na modernidade jurídica**. In: Revista Sequencia, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 17-23, junho 1995.

20

MUITO MAIS QUE UM SIMPLES RÓTULO: OS DIREITOS HUMANOS E A PROBLEMÁTICA IDENTITÁRIA NA QUESTÃO DO GÊNERO

*Kaoanne Wolf Krawczak*²⁸⁶

*Juliana Oliveira Santos*²⁸⁷

Resumo: No presente artigo a proposta é debater sobre a temática dos direitos humanos, relativizando o termo “comunidade”, que passou a representar um paraíso perdido que estamos sempre buscando. Diante destas inseguranças e incertezas da “modernidade líquida” recoloca-se o problema da identidade em uma esfera de dimensões que exige a renovação dos parâmetros de entendimento até então utilizados. Levando-nos a rediscutir sobre as identidades, até então tradicionais, e o surgimento dos problemas identitários no âmbito das minorais. Em especial, sobre a problemática identitária na questão do gênero, que rotula as mulheres simplesmente por serem mulheres, as fazendo vítimas de diversas violências.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Gênero; Identidade; Violência de Gênero.

Abstract: In this article the proposal is debated on the subject of human rights, relativizing the term “community”, which passed a represent a lost paradise that we

²⁸⁶ Bolsista CAPES e Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Email: kaoanne.krawczak@gmail.com

²⁸⁷ Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Humanos, pela Unijuí; Bacharel em Direito pela UNICRUZ; Pós-graduada em Metodologia e Didáticas pela CENSUPEG. E-mail: julianaoliveirasantos@yahoo.com.br

are always seeking. Faced with these insecurities and uncertainties of “liquid modernity”, the problem of identity is raised in a sphere of dimensions that requires a renewal of the parameters of understanding hitherto used. Taking us to re-discuss about how identities, until then, traditional, and the emergence of identity problems in the field of minorities. In particular, on the identity problematic in the internet of the genre, that it labels like women simply for being women, like making victims of diverse violence.

Keywords: Community. Gender. Human Rights. Identity.

INTRODUÇÃO

O termo “comunidade” é uma palavra que designa e/ou transmite uma sensação boa: a questão é “pertencer a uma comunidade”, ou seja, “estar em comunidade”. Outrossim, podemos associá-la, como um lugar aconchegante, um refúgio das ameaças que nos espreitam “lá fora”. “Comunidade’ é hoje um novo nome para um paraíso perdido – mas um paraíso que nós ainda procuramos e que esperamos encontrar” (BAUMAN, 2003). Contudo, quando a comunidade entra em caos, surge a questão da identidade.

Esta está interligada a provocantes e calorosos debates ligados a perspectiva do Estado-nação moderno. Segundo Bauman, diante das inseguranças e incertezas da “modernidade líquida” recoloca-se o problema da identidade em uma esfera de dimensões que exige a renovação dos parâmetros de entendimento até então utilizados, assim, “‘identidade’ é um retrato da vida na contemporaneidade” (BAUMAN, 2005). Em uma reviravolta de acontecimentos, ocorre uma mudança estrutural, a qual acaba por fragmentar e deslocar as identidades culturais de etnia, raça, sexualidade, classe, e nacionalidade. Hoje, como inexitem barreiras e/ou fronteiras, os indivíduos se ‘desencaixam socialmente’, o que provoca a famosa crise de identidade. Por conseguinte, os direitos humanos atuam como ‘mínimo ético’, pois limitam as diferenças, no cenário da diversidade cultural, reconhecendo e identificando o ser humano.

Pois o objetivo especial de nosso artigo é discutir sobre a problemática identitária na questão do gênero, que rotula as mulheres simplesmente por serem mulheres, as fazendo vítimas de diversas violências, inclusive no próprio âmbito familiar. Nosso objetivo é lutar pelo fim destas etiquetas, buscando soluções para a violência de gênero, e contra toda e qualquer atividade diferenciada e minoritária que discrimina as pessoas que se identificam nestes rótulos identitários, segregadores, paradigmáticos e causadores de dor e sofrimento para os mais “frágeis” da sociedade.

DIREITOS HUMANOS E AS DIFICULDADES DE SUA COMPLETA EFETIVAÇÃO

“A expressão direitos humanos é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar” (DALLARI, 2008, p. 12) de forma plena da vida. De modo que a totalidade dos seres humanos necessita e deve ter asseguradas condições mínimas e necessárias para que possam se tornar úteis à humanidade, recebendo também os benefícios que podem ser proporcionados pela sociedade. “Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social” (DALLARI, 2008, ps. 12 e 13). Conjunto este que dá-se o nome de direitos humanos. Assim, Dallari (2008, p. 13) nos diz que

tais direitos correspondem a necessidades essenciais da pessoa humana. Trata-se daquelas necessidades que são iguais para todos os seres humanos e que devem ser atendidas para que a pessoa possa viver com a dignidade que deve ser assegurada a todas as pessoas. Assim, por exemplo, a vida é um direito humano fundamental, porque sem ela a pessoa não existe. Então a preservação da vida é uma necessidade de todas as pessoas humanas.

Todas as pessoas humanas possuem tais necessidades e sendo todas elas iguais, “uma não vale mais do que a outra, uma não vale menos do que a outra” (DALLARI, 2008, p. 13), mas todos necessitam ter chance de satisfazer suas necessidades. Entretanto, esta igualdade de todos os seres humanos não faz referência a igualdade

física, intelectual ou psicológica. De modo que “cada pessoa tem sua individualidade, sua personalidade, seu modo próprio de ver e sentir as coisas” (DALLARI, 2008, p. 13). Também os grupos sociais têm cultura própria, resultante das condições naturais e sociais a que estão submetidos. Ou seja, “as pessoas são diferentes, mas continuam todas iguais como seres humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais” (DALLARI, 2008, p. 13), decorrendo daí a existência de direitos fundamentais, que devem ser iguais para todos.

Porém, essa igualdade acaba por ficar só na teoria, ou seja, não é efetivada realmente no dia-a-dia, em razão de atos e circunstâncias de discriminação e desigualdade contra alguns setores da população. Diante disso surge a necessidade de empregar o conceito de Direitos Humanos como tema principal no contexto internacional, chamando a atenção dos governantes para “que cada nação implemente práticas que respeitem a dignidade humana”. (GRIESSE, p. 125) Daí surgiram várias declarações, além da genérica Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, para garantir os direitos de populações em situações específicas, como por exemplo, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, a Declaração das pessoas com Atraso Mental de 1971, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, e etc. Estas foram reivindicadas através de movimentos sociais pelos grupos minoritários, prejudicados por circunstâncias particulares, com o objetivo de denunciar discriminações e a limitação ao acesso aos seus direitos universais. Pois o que eles querem é receber “um tratamento especial perante a lei como forma de compensação por sua situação desigual” (GRIESSE, p. 126), para que seus direitos fossem reconhecidos na medida de suas circunstâncias especiais, não incluídas na primeira declaração, universal e nada específica.

Deste modo, a conceituação dos Direitos Humanos foi sendo empregada para justificar políticas públicas direcionadas a beneficiar grupos que não desfrutam de condições básicas para o pleno desenvolvimento de suas potencialidades humanas, que se consideram oprimidos, ou que [...] experimentam situações de alguma forma não qualificadas no âmbito dos direitos universais. O clamor pelos Direitos Humanos [...] levantado por movimentos sociais, vem transformando a forma de se entender seu escopo, indo da reivindicação de direitos gerais e universais da população [...] para se chegar a direitos específicos de grupos minoritários que sofrem discriminações ou abusos que as diferenciam do resto da população. (GRIESSE, p. 126)

Por conseguinte, visando a efetivação destes direitos, podemos falar hoje da Teoria Geral das Violações aos Direitos Humanos, que ao lado de proclamações de Direitos Humanos, das garantias de efetividade, dos instrumentos para concretizar tais garantias, surge como reconhecimento e proteção para que não se violem estes direitos e não se desrespeite às liberdades fundamentais. Pois “a luta pela defesa dos Direitos Humanos é [...] uma luta contra o poder e seus detentores.

IDENTIDADE E COMUNIDADE: O ELO ROMPIDO PELA GLOBALIZAÇÃO E A ORIGEM DA INTERCULTURALIDADE, O BREVE ESPAÇO ENTRE IGUALDADE E DIFERENÇA

Enfrentamos hoje tempos de individualismo e consumismo generalizados, por isso é que “a palavra ‘comunidade’ soa como música aos nossos ouvidos” (BAUMAN, 2003, p. 9). Bauman (2003, p. 9) entende que “comunidade” é uma espécie de mundo distante de nós, fora do nosso alcance, uma espécie de paraíso perdido, que se encontra no futuro, mas que buscamos encontrá-la de todas as formas.

As palavras revelam muito mais que significados, elas são capazes de transmitir as sensações mais distintas possíveis, como por exemplo, a palavra “comunidade”, que para Bauman representa prazeres, como conforto, aconchego, segurança. E ainda: numa comunidade podemos contar com a boa vontade dos outros” (BAUMAN, 2003, p. 8), inclusive nos momentos difíceis e de tristeza, pois sempre haverá alguém para nos estender a mão, porque nosso dever em comunidade é de ajudar uns aos outros. “Comunidade, sentimos, é sempre uma coisa boa”. (BAUMAN, 2003, p. 7)

Em razão da dura realidade que presenciamos, nossa imaginação ganha forças e constrói um comunidade ideal, incrivelmente atraente, porém, totalmente diferente da que vivenciamos. Portanto, na visão de Bauman (2003, p. 10), nessa comunidade sonhada, será preciso adotar uma conduta rigorosa de obediência em troca dos serviços que ela presta. Será preciso abrir mão de alguns prazeres, ou de parte deles: ou vive-se em comunidade, com segurança, ou mantêm-se o individualismo, e sua conseqüente liberdade. Na verdade “não seremos humanos sem segurança ou sem liberdade; mas não podemos ter as duas ao mesmo tempo e ambas na quantidade que quisermos”. (BAUMAN, 2003, p. 11) Porque “há um preço a pagar pelo privilégio de ‘viver em comunidade’ – e ele é pequeno e até invisível só enquanto a

comunidade for um sonho”. (BAUMAN, 2003, p. 10) De qualquer forma, alguma coisa se ganha e outra se perde.

Contudo, quando a comunidade entra em caos, surge a questão da identidade. Esta está interligada a provocantes e calorosos debates ligados a perspectiva do Estado-nação moderno. Segundo Bauman, diante das inseguranças e incertezas da “modernidade líquida” recoloca-se o problema da identidade em uma esfera de dimensões que exige a renovação dos parâmetros de entendimento até então utilizados, assim, “‘identidade’ é um retrato da vida na contemporaneidade”. (BAUMAN, 2005)

Na teoria social muito tem se discutido sobre a questão da identidade, com o declínio das velhas identidades e o surgimento de novas, levando ao fragmento do indivíduo moderno, antes tido como sujeito unificado. Está instalada a ‘crise de identidade’. Assim, nosso propósito aqui é explorar alguns questionamentos sobre a identidade cultural na tardia modernidade e os rumos da tal crise. Em um primeiro momento apontaremos as mudanças nos conceitos de identidade e de sujeito, e logo após abordaremos as identidades culturais. Afirmando o deslocamento e/ou a fragmentação das identidades e os aspectos contraditórios deste processo de descentração. As formulações aqui expostas estão abertas à contestação. Pois a comunidade sociológica ainda não chegou a um acordo, e as opiniões se dividem. “O próprio conceito [...] ‘identidade’ é [...] complexo, muito pouco desenvolvido e muito pouco compreendido na ciência social contemporânea”. (HALL, 2006, p. 8)

Mudanças estruturais estão transformando as sociedades, fragmentando as paisagens culturais – de gênero, sexualidade, raça, classe, nacionalidade e etnia; e, mudando nossas identidades pessoais, com a perda de um ‘sentido de si’, deslocando o sujeito, gerando uma ‘crise de identidade’. Pois como nos diz o estudioso Kobena Mercer, citado por Hall (2006, p. 9) “a identidade somente se torna uma questão quando está em crise, quando algo que se supõe como fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza.”.

Esta mudança na modernidade tardia tem um caráter específico, pois esse processo de mudança é conhecido como ‘globalização’, causando impactos sobre a identidade cultural. Dessa forma, definimos as sociedades modernas como sociedades de mudança rápida, constante e permanente, e, é justamente isso que as diferenciam das sociedades tradicionais, onde o passado e os símbolos perpetuam a experiência de gerações, através de práticas recorrentes. Esta modernidade em con-

traste é uma forma reflexiva de vida, onde as práticas sociais são recorrentemente examinadas e reformadas, alterando seu caráter, através das informações recebidas (decorrentes das próprias práticas).

Para Giddens, citado por Hall (2006, p. 15) “o ritmo e o alcance da mudança – à medida em que áreas diferentes do globo são postas em interconexão umas com as outras, ondas de transformação social atingem virtualmente toda a superfície da terra’ – e a natureza das instituições modernas”. (HALL, 2006, p. 15) Estas últimas, radicalmente novas ou ‘parecidas’ com as anteriores são organizadas com princípios fundantes totalmente diferentes. Sendo importante destacar as transformações do tempo e do espaço e o ‘desalojamento do sistema social’, envolvendo “extração das relações sociais de seus contextos locais de interação e sua reestruturação”. (HALL, 2006, p. 15)

Cada estrutura tem seu centro deslocado, sendo substituído por vários centros de poder. Portanto, as sociedades modernas não possuem centro nenhum, muito menos um princípio único, capaz de articular e organizá-la homoganeamente. Sendo as sociedades, dessa modernidade tardia, caracterizadas pela ‘diferença’, com variadas posições de sujeito, ou seja, diferentes identidades para os indivíduos. Entretanto, elas não se desintegram porque os diferentes elementos e identidades podem ser conjuntamente articulados, porém, apenas de forma parcial, pois a “estrutura da identidade permanece aberta. (HALL, 2006, p. 17) Devemos ter em mente que todo esse deslocamento é positivo, porque desarticula identidades, tidas no passado como estáveis, e abre a possibilidade de se criarem novas articulações.

Ao passo que as sociedades modernas se tornaram complexas, adquirindo uma forma mais coletiva e social, já não se pode mais falar em ‘sujeito-da-razão’, pois se estruturou o Estado-nação e com ele grandes massas deram início a uma democracia moderna, onde o processo de industrialização viu nascer o capitalismo moderno, recheado de conglomerados empresariais, assim, “o cidadão individual tornou-se enredado nas maquinarias burocráticas e administrativas do estado moderno”. (HALL, 2006, p. 30)

“No mundo moderno, as culturas nacionais em que nascemos se constituem em uma das principais fontes de identidade cultural”. (HALL, 2006, p. 47) Quando falamos que somos ingleses ou franceses ou italianos falamos de forma metafórica, pois essas identidades não estão impressas de forma literal em nossos genes. Mas nós pensamos nela como parte de nossa natureza essencial. Para ser considerado

homem o indivíduo, além de ser autônomo, deve antes se identificar com algo mais amplo, por exemplo ser membro de uma sociedade ou de um grupo, que ele tenha por lar. Assim também, Ernest Gellner, citado por Hall (2006, p.48), acredita que o sujeito moderno precisa de uma identificação nacional, uma nacionalidade, tida agora como um atributo inerente a humanidade.

As identidades não nascem com nós, elas “são formadas e transformadas no interior da representação. Nós só sabemos o que significa ser ‘inglês’ devido ao modo como a ‘inglesidade’ [...] veio a ser representada – como um conjunto de significados – pela cultura nacional inglesa”. (HALL, 2006, p. 48 e 49) A nação além de ser uma entidade política, ela produz sentidos, ou seja, é um sistema de representação cultural. De modo que as pessoas participam da ideia de nação, do modo como é representada em sua cultura nacional. Pois a “nação é uma comunidade simbólica e é isso que explica seu ‘poder para gerar um sentimento de identidade e lealdade’ [...] As culturas nacionais são uma forma distintivamente moderna”. (HALL, 2006, p. 49)

As culturas nacionais são compostas de símbolos e de representações. Ela é um discurso, onde construímos sentidos que influenciam e organizam tanto nossas ações como nossa concepção de nós mesmos. As culturas nacionais constroem identidades, a partir de sentidos com os quais nos identificamos. Assim, “a identidade nacional é uma ‘comunidade imaginada’”. (HALL, 2006, p. 51)

As identidades nacionais oferecem “a condição de membro do Estado-nação político” e “uma identificação com a cultura nacional”, tornando “a cultura e a esfera política congruentes e fazer com que ‘culturas razoavelmente homogêneas, tenham, cada uma, seu próprio teto político’”. De forma que “não importa quão diferentes seus membros possam ser em termos de classe, gênero ou raça, uma cultura nacional busca unificá-los numa identidade cultural, para representá-los todos como pertencendo à mesma e grande família nacional”. (HALL, 2006, p. 59)

Quanto ao impacto que a globalização tem sobre a identidade, o tempo e o espaço são as coordenadas básicas dos sistemas de representações. “Estes meios de representação devem traduzir seu objeto tanto em dimensões espaciais como em dimensões temporais. Diferentes épocas culturais têm diferentes formas de combinar essas coordenadas espaço tempo”. (HALL, 2006, p. 70) Assim, a moldagem e a remoldagem de relações no espaço-tempo causam profundos efeitos sobre a forma como as identidades são representadas e localizadas. Sendo elas, todas, localizadas

no espaço e tempo simbólicos, com ‘geografias imaginárias’, como diz Edward Said, citado por Hall (2006, p. 71).

Os teóricos culturais argumentam que a maior interdependência global tem levado as identidades culturais fortes ao colapso, produzindo uma fragmentação de códigos culturais, multiplicidade de estilos, a “ênfase no efêmero, no flutuante e na diferença e no pluralismo cultural [...] em escala global” (HALL, 2006, p. 74) o que chamamos de pós-moderno global. “Os fluxos culturais, entre as nações, e o consumismo global criam possibilidades de ‘identidades partilhadas’ [...] entre pessoas que estão bastante distantes umas das outras no espaço e no tempo”. (HALL, 2006, p. 74) Pois quanto mais expostas a influências externas, mais as culturas nacionais tornam-se enfraquecidas, sendo difícil conservar as identidades culturais intactas diante de tanto bombardeamento cultural.

Em contraposto, há uma sociedade onde problemas de ordem global proliferam-se levando a uma invasão sobre os limites territoriais do Estado-nação, afetando “o homem independentemente de seus vínculos de pertença” (LUCAS, 2010, p. 21), ou seja, o distanciamento entre culturas e entre as nações forçará e/ou impedirá a formação de diálogos, tais quais são de suma importância para a constituição de uma política comum de responsabilidades, também dificultando a definição que respeite a universalidade dos direitos humanos. Tais direitos, são tidos “como patrimônio comum da humanidade, como limite ético para se promover o diálogo intercultural.” (LUCAS, 2010, p. 23) Os direitos humanos são defendidos “como referência para o diálogo entre as diferentes culturas, como forma de superação das fissuras interindividuais e intercomunitárias, por meio da eleição de valores comuns e universalmente aceitáveis”. (LUCAS, 2010, p. 24)

Outrora, podemos refletir que “a universalidade dos direitos humanos não depende de leituras históricas particularistas e de movimentos comunitaristas que reclamam proteção para suas diferenças, mas tem sua base de sustentação na moralidade comum – que é inerente ao homem como tal”. (LUCAS, 2010, ps. 24 e 25) Pois as tradições e especificidades históricas não representam bons motivos para se considerar uma dada prática cultural como adequada e moralmente aceita, ou seja, os direitos humanos precisam de uma fundamentação que vá para além destas práticas, para que ele seja vasto e articulado precisamente. De modo que, para serem válidos e exigíveis, os direitos humanos não dependem da existência do Estado-nação, em razão, justamente, de sua universalidade.

Todavia, não devemos ignorar a importância do Estado-nação na formação de uma identidade cultural e no desenvolvimento do homem – portador de direitos. Desta forma, o ente político estatal necessita se adequar as questões universais. Assim, é preciso “fortalecer a ideia de uma cidadania pós-nacional, qualificada [...] que seja vasta o suficiente para abranger assuntos mais amplos de interesse supranacional”. (LUCAS, 2010, p. 26) Entretanto, ainda hoje, ela não passa de um projeto em andamento. Este mesmo problema se encontra na questão da soberania, pois os direitos humanos só serão capazes de fomentar uma cultura de responsabilidades comuns, no momento em que deixarem de ser reféns desta, tida como “poder inafastável de cada Estado”. (LUCAS, 2010, p. 26)

Com o passar do tempo, na contemporaneidade, existe o surgimento de novas modalidades de identidade e com isso, o enfraquecimento de suas formas tradicionais, provocando e/ou originando um problema interligado sobre o debate da diversidade cultural, “que trata da questão da inclusão e da exclusão dos cidadãos de uma determinada comunidade”. (LUCAS, 2010, p. 27) Podemos advertir que, só se consegue conviver com a diversidade cultural quando os limites que ela protege não representam sonegação das condições mínimas que devem ser presentes para que haja uma satisfação de cada homem em sua particularidade.

Pode-se enfatizar que os direitos humanos, enquanto mínimo ético universal, atuam como limite para as diferenças que compõem o cenário da diversidade cultural. “No lugar da diferença denegatória e da universalidade homogeneizadora, é defendida uma universalidade moderada, centrada no diálogo intercultural com base nos direitos humanos”. (LUCAS, 2010, p. 28)

De modo que, compreender os direitos humanos como patrimônio comum da humanidade, estreita as relações humanas na pós-modernidade. Sendo capaz de modificar e/ou alterar nos indivíduos, “o medo em compreensão, a dúvida em certezas compartilhadas e a dominação em coexistência”. (LUCAS, 2010, p. 28) Possibilitando, assim, uma nova criação da concepção de “pertencimento as comunidades locais, aos Estados e ao mundo” (LUCAS, 2010, p. 21), aceitando o ‘estrangeiro’ como irmão, igual em proteção jurídica, ou seja, em direitos e deveres.

Por conseguinte, no âmbito das nações, devemos substituir as tradicionais guerras ideológicas, disfarçadas como deveres comuns, e relativizar o conceito tradicional de soberania, para que possamos construir um novo ambiente político, que possibilite debates mais democráticos. Portanto, “o grande desafio ao final de tudo,

é coadunar a ideia de direitos humanos com a igualmente necessária preservação dos caracteres próprios às diferentes culturas”. (LUCAS, 2010, p. 28) Precisamos saber identificar quais são os verdadeiros limites entre a aceitação e a assimilação, para compor uma universalidade, apenas com as características comuns e necessárias de cada cultura, levando assim, a um patamar igualitário, sem que nenhuma característica, em especial, seja tida, de forma errônea, como sobressalente. “Em outras palavras: a universalidade dos direitos humanos não pode se confundir com qualquer intento imperialista colonizador, mas, sim, servir como estandarte do reconhecimento e da identificação do ser humano”. (LUCAS, 2010, p. 29)

A PROBLEMÁTICA IDENTITÁRIA NA QUESTÃO DO GÊNERO E OS “SINTOMAS” HISTÓRICOS

Discutir sobre o fenômeno da violência contra a mulher requer um olhar para a história, identificando questões que, ao longo do tempo, foram demarcando particularidades que se fazem presentes nas relações de gênero, a partir de determinantes econômicos, sociais, éticos, culturais e políticos. (KRAEMER, BIANQUINI, p. 184)

A violência se tornou um problema social preocupante, recorrente no mundo todo, que vêm se manifestando no cotidiano das populações. Os índices de violência crescem de modo alarmante no país e no mundo, “apresentando-se de diferentes formas e em contextos distintos, presentes no convívio doméstico e estendendo-se aos espaços de lazer, trabalho, escola e sociedade de modo geral”. (KRAEMER e BIANQUINI, p. 184) Possuindo várias definições, em razão de cada sociedade ou cultura, é entendida por Buoro (1999, p.50), citado por Kramer e Bianquini (p.184) como “todas as formas pelas quais os homens perdem seus direitos ou têm a sua integridade moral e física ameaçada, seja por outros homens, instituições ou sociedade”.

De modo que são vários os fatores que dão origem as reações violentas, como por exemplo, as forças sociais presentes na sociedade, a moral vigente, a visão de mundo dos sujeitos, as possibilidades de inserção ou exclusão social em dada realidade, etc. Assim, Dutra (2005), citado por Kramer e Bianquini (p.185), nos diz que

“a violência que mata e que destrói na sociedade está muito mais para um sintoma do que para uma doença social”. Ao passo que para Minayo (1994, p.37), também citado por Kramer e Bianchini (p.185), “a violência estrutural se expressa nas desigualdades sociais e suas exclusões sociais e morais de determinados grupos e classes que ficam impossibilitados do exercício da cidadania”.

Portanto, a exclusão e a desigualdade se materializam na sociedade capitalista através de uma lógica capitalista através de uma lógica na qual parcela da população em maior vulnerabilidade social, dentre estas a mulher que é duplamente vitimizada, seja em razão da classe social a qual pertence e/ou pelo gênero, está mais exposta às situações de discriminação e violência. Sendo assim, a vulnerabilidade, a exclusão e a própria violência configuram-se em expressões da questão social. (KRAEMER e BIANQUINI, p.185)

No passado, era normal que os homens exercessem um domínio sobre as mulheres no convívio doméstico e social, pois ambos eram educados de modo diferente, “as mulheres ficavam em casa cuidando dos filhos e afazeres domésticos, enquanto os homens trabalhavam para prover o sustento da família”. (KRAEMER e BIANQUINI, p.186) Homens e mulheres eram separados por mundos distintos, o masculino marcado pela dominação e pela produção, e o feminino caracterizado pela submissão e pela reprodução, “o homem era preparado para o público e a mulher para o privado”. (KRAEMER e BIANQUINI, p.186)

O tempo passou e mulher buscou seu espaço e autonomia na sociedade, exigindo que esta passasse a assumir duplas funções de trabalhadoras, tanto no espaço doméstico como no mercado de trabalho, na busca de realização pessoal e por necessidade. E o homem se obrigou a assumir também responsabilidades domésticas. Nesse sentido, “a violência surge e justifica-se como forma de compensar possíveis falhas no cumprimento ideal dos papéis de gênero”, conforme Dias (2005, p.91), citado por Kramer e Bianchini (p. 186). Porque “muitos homens não aceitam ver suas mulheres fora de casa, identificando esta nova condição feminina a uma perda de controle e à redução do poder masculino, ocasionando reações de violência”. (KRAEMER e BIANQUINI, p.186)

Portanto, pode-se compreender que a violência (...) que permeia na sociedade atual, somada às mudanças ocorridas no papel da mulher em decorrência das transformações sociais e no mundo do trabalho, bem como a fatores de

ordem cultural e moral (...) constituem-se em fatores determinantes para que a violência de gênero contra a mulher ocorra assim como também que muitas vezes esta permaneça invisibilizada. (KRAEMER e BIANQUINI p.187) Defini-se violência contra a mulher como (...) qualquer ato de violência baseado em gênero que resulte ou possa resultar em danos mentais ou sexuais, ou sofrimento para a mulher, incluindo ameaças, como atos de coerção ou privação arbitrária de liberdade, seja na vida pública ou privada. (KRAEMER e BIANQUINI, p.187)

A violência contra as mulheres está ligada, principalmente, “ao machismo e ciúmes de maridos pais, namorados, irmãos e ao uso indevido de drogas”. (KRAEMER e BIANQUINI, ps. 187 e 188) De modo que a herança cultural e a educação dos indivíduos também contribuem para o surgimento de reações de superioridade de certos homens, que ao serem contrariados, reagem violentamente. Sendo a questão cultural a grande vilã desta violência. O próprio machismo surge da forma discriminatória e diferenciada da educação conferida à homens e mulheres, como nos explica Dias (2004, p. 44), citado por Kramer e Bianchini (p. 188).

“Padrões de comportamento distintos fazem com que se desenvolvam certos códigos de honra por parte dos homens, quando transpostos pelas mulheres geram revolta e relações violentas” (KRAEMER e BIANQUINI, p. 188), assim, os meninos que se criam nestes contextos familiares acreditam que possuem direitos superiores as mulheres. Estabelecendo-se assim, no contexto familiar relações de poder, que quando rompidas, abalam a autoridade masculina, e “o homem se sente fracassado”, (KRAEMER e BIANQUINI, p. 188), reagindo violentamente contra o ego abalado.

É comum perceber pais educando seus filhos de forma totalmente diferenciada. Enquanto as meninas são educadas para a beleza, sedução, delicadeza, dependência, submissão e para o silêncio, os meninos são ensinados a reagir agressivamente às provocações, a estimular a força física, a dominação, o controle, a possessividade e a ter satisfeitos os seus desejos mais íntimos, chegando, por vezes, aos limites do abuso sexual”. “Traços dessa cultura que inferioriza e menospreza capacidades e características próprias da condição feminina contribuem para perpetuar a discriminação da mulher na nossa sociedade, favorecendo a continuidade de situações de violência. Tal afirmação pode ser constatada no trecho da sentença de um magistrado que rejeitou pedidos de medidas contra homens que agrediram e ameaçaram suas companheiras em Sete Lagoas, Minas Gerais no ano de 2007. Ora, a desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher, todos nós sabe-

mos, mas também em virtude de ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem (...) O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi homem!”. (KRAEMER e BIANQUINI, p. 189)

Neste sentido, Marilena Chauí (1985), citada por Kramer e Bianquini (ps. 189 e 190), “concebe a violência contra as mulheres como resultado de uma ideologia de dominação masculina que é produzida e reproduzida tanto por homens como por mulheres”. Definindo a violência como “uma ação que transforma diferenças em desigualdades hierárquicas com o fim de dominar, explorar e oprimir. A ação violenta trata o ser dominado como objeto e não como sujeito, o qual é silenciado e se torna dependente e passivo”. Assim, as mulheres passam a perder sua autonomia e sua liberdade, “entendida como ‘capacidade de autodeterminação para pensar, querer, sentir e agir’”.

CHEGA DE RÓTULOS: A BUSCA POR UMA SOLUÇÃO EFICIENTE

Ao ser entendida como um problema psicossocial muito importante, pois afeta as famílias envolvidas, a economia do país e sociedade de forma geral, a violência de gênero exige soluções efetivas. Pensando nos dias atuais, logo nos vem à mente a Lei “Maria da Penha”, lei nº 11.340/06, que “prevê punições [...] severas para os homens que praticam crimes contra as mulheres” (KRAEMER e BIANQUINI, p. 191), mas luta contra esse mal identitário teve início muito tempo antes. De modo que, conforme Griesse (p. 127)

O movimento de repúdio à violência contra a mulher foi um dos movimentos de mulheres mais bem sucedidos na década de 1980, por conseguir chamar a atenção dos meios de comunicação de massa, obter o respaldo da sociedade, e instalar uma série de iniciativas públicas.

Mas, tudo começou nos anos da ditadura militar, onde a violência “era conceituada em termos de violência do Estado e os métodos específicos relacionados ao gênero que os membros das forças repressivas do Estado empregavam contra

as mulheres”. (GRIESSE, p. 128) Onde os direitos das mulheres eram tidos como uma subcategoria dos Direitos Humanos, destacando-se a violência doméstica, que se aliou as disputas de classe para reivindicar soluções, para que a violência entre parceiros deixassem de ser uma subcategoria dos problemas de classe.

Nos anos de 1983, auxiliadas pela imprensa o movimento feminista ganhou espaço, redefinindo a violência como situação resultante da dominação da mulher pelo homem, em razão do aumento de “assassinatos de mulheres de classe média e alta por seus companheiros”. (GRIESSE, p. 128) Porém, “as primeiras iniciativas contra a violência contra a mulher foram tomadas por grupos autônomos que denunciavam os crimes contra a população feminina através de publicações, vídeos, comerciais, etc” (GRIESSE, ps. 128 e 129)., tendo sido criados centros de atendimento e orientação para as mulheres em várias cidades do país. E ao se instalarem os governos democráticos a atenção ao problema ganhou proporções maiores, e foram implantadas as Delegacias em Defesa da Mulher, considerada como a iniciativa mais bem sucedida.

Com a atuação de mulheres em vários movimentos, o conceito de violência contra a mulher foi ampliado para incluir as discriminações e a opressão vividas por mulheres em circunstâncias diversas. Além de violência que as mulheres sofriam de seus parceiros, os movimentos das mulheres também começaram discutir em nível nacional os problemas de discriminação racial e étnica, a repressão rural, a esterilização em massa, o abuso sexual de meninas, o turismo sexual, problemas no atendimento à saúde, e vários outros que estavam [...] articulados a tipos de violências. (GRIESSE, p. 129)

Mais tarde, o “lobby do batom” conseguiu aprovar várias emendas, durante a Constituinte brasileira, que respondessem às situações de discriminação contra a mulher. Em seguida, houve a necessidade de fazer com que estes direitos, assegurados pela Constituição, fossem transformados em lei. Mas, “a falta de eficiência e de vontade política prolongava a votação das leis [...] uma legislação que reflita esses direitos ainda precisa ser ratificada”. (GRIESSE, p. 130) Entretanto, em termos internacionais os direitos da mulher fazem parte dos direitos universais. E ela passou a ser definida como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. (GRIESSE, p. 130)

Assim, Kramer e Bianquini, (ps. 195 e 196), explicam que

enfrentar a escalada da violência na sociedade atual requer compreendê-la como processo social e fenômeno multidimensional que se expressa de diferentes formas no cotidiano. A violação dos direitos da mulher, especialmente nas situações de violência, requer mudanças na forma de intervenção do Estado, assim como uma mudança cultural que assegure a atenção deste fenômeno na sua integralidade. Portanto, o enfrentamento das situações de violência contra a mulher implica a construção de novos paradigmas valorativos, éticos e jurídicos, através de ações das políticas públicas que garantam a assistência psicossocial e jurídica, no aprofundamento do paradigma de defesa dos direitos humanos.

Pois bem, para as autoras Kramer e Bianquini (p. 196)

a questão da violência e da discriminação conta a mulher na sociedade contemporânea traz à tona velhas configurações da questão social, identificando que situações concretas e simbólicas, presentes no cotidiano das famílias brasileiras, traduzem-se em múltiplas violações de direitos. O rebatimento destes processos sociais, de precarização no mundo do trabalho, de mudanças no papel da família e de redução de direitos sociais, no contexto social e familiar, contribuem para a naturalização das expressões de violência contra a mulher.

Portanto, GRIESSE (p. 131) nos diz que

transpor estas dificuldades exige uma mudança de paradigma por parte de toda a sociedade, na desconstrução de uma cultura que discrimina e vitimiza as mulheres, independente de sua condição social, econômica e cultural. Reconhecer a mulher como sujeito de direitos e materializar as condições de cidadania no seu cotidiano, exige do Estado, através de políticas públicas, bem como da sociedade em geral, mudanças efetivas que garantam às mulheres vítimas de violência a possibilidade de reescreverem sua história.

Porque, como vimos, “não é possível esperar o bom funcionamento de uma iniciativa particular dentro do aparato do Estado [...] Por isso, é tão necessário definir a particularidade dos direitos para populações em situações específicas” “como também entender a interligação destes com outros direitos [...] assegurados pela Constituição brasileira e pela Declaração Universal sobre Direitos Humanos” ou

“[...] correm o risco de contribuir para o isolamento e ineficácia se não integrarem suas necessidades e reivindicações”. (Griesse, p. 142)

Porém, o reconhecimento formal dos direitos não garante a implementação adequada de políticas públicas. O problema da violência continua sendo um problema concreto para muitas mulheres e as instalações para ajudar a mulher não são sempre adequadas. Apesar de grandes avanços, existem ainda barreiras para que muitas mulheres possam alcançar a situação de desfrutar de uma vida digna sem violências (GRIESSE, p. 131).

De modo que, o que mais buscamos é o fim dessa rotulação identitária, ou seja, de que não sejamos avaliadas simplesmente por pertencer a este gênero e não por nossas qualidades, não queremos ser apenas um rótulo, uma etiqueta, um gênero, queremos ver nossos direitos efetivados, e sermos simplesmente consideradas efetivamente como sujeitos merecedores de oportunidades, pois nossa Constituição já diz que todos somos iguais perante a lei, sem qualquer tipo de discriminação. Portanto, chega de etiquetas, pois precisamos mesmo é de novas alternativas válidas, efetivas e eficientes, pois, ser mulher vai muito além de ser um simples rótulo, tem a ver com nossa situação enquanto indivíduos iguais em direitos, deveres e atribuições, sendo todos, independente de gênero, cor ou classe, simplesmente definidos como sujeitos de direitos.

CONCLUSÃO

Ao finalizar meu artigo, pude concluir que a problemática identitária é bem mais grave do que imaginamos, e que a cada dia ela só aumenta, causando mais sofrimento e dor para as mulheres. Que os rótulos discriminam, machucam e segregam muitas mulheres todos os dias. Que a principal violência se encontra dentro do próprio lar, resultado do machismo exagerado. Porque ao discutir a problemática identitária na questão do gênero, Através do presente trabalho, discutimos a problemática identitária na questão do gênero, foi possível perceber que os direitos humanos não são efetivados integralmente para todos os setores da sociedade, principalmente para os grupos minoritários, com identidades diferenciadas e específicas, como é o caso das mulheres. De modo que este grupo acaba sendo vítima de

diversos tipos de violência, inclusive no âmbito familiar, onde o “machismo”, que ainda opera em nossa sociedade, discrimina as mulheres por acreditar que elas são inferiores, e que não merecem os mesmos direitos que eles. A maioria dos homens não aceita que elas passem a assumir um papel de responsabilidade dentro da família, sentem-se ofendidos, e acabam por violentá-las, com ofensas verbais, físicas e até mesmo sexuais.

De modo que, o que mais buscamos é o fim dessa rotulação identitária, ou seja, de que não sejamos avaliadas simplesmente por pertencer a este gênero e não por nossas qualidades, não queremos ser apenas um rótulo, uma etiqueta, um gênero, queremos ver nossos direitos efetivados, e sermos simplesmente consideradas efetivamente como sujeitos merecedores de oportunidades, pois nossa Constituição já diz que todos somos iguais perante a lei, sem qualquer tipo de discriminação. Portanto, chega de etiquetas, pois precisamos mesmo é de novas alternativas válidas, efetivas e eficientes, pois, ser mulher vai muito além de ser um simples rótulo, tem a ver com nossa situação enquanto indivíduos iguais em direitos, deveres e atribuições, sendo todos, independente de gênero, cor ou classe, simplesmente definidos como sujeitos de direitos. Pois nossa Carta Magna já prevê que somos todos iguais perante a lei, em direitos, deveres e respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BUTLER, Judith. Desdiagnosticando o gênero. **Physis**, v. 19, n. 1, abr. 2009, p. 95-126. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v19n1/v19n1a06.pdf>>. Acesso em 08 de set. de 2015.

_____. **Mecanismos psíquicos del poder teorías sobre la sujeción**. Tradução: Jaqueline Cruz. Universidade de Valência, 2002. Disponível em: <<https://mariangelesalvarez.files.wordpress.com/2012/11/mecanismospsiquicosdelpoderbutlerjudith.pdf>>. Acesso em 08 de set. de 2015.

CESAR LUCAS, Doglas. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença**. Ijuí: Unijuí, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: 2008.

HALL, Stuart. **Identidade na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HERKENHOF, João Baptista. **Direitos Humanos: A construção universal de uma utopia**. São Paulo: Santuário, 1997.

MARCHEZAN, Nair Angélica Comassetto; MENDES, Luís Marcelo. **Expressões de violência e seu enfrentamento no CREAS**. Passo Fundo: Méritos, 2008.

NASCIMENTO, José do. **Os Direitos Humanos e sua Articulação Prática com os Sistemas Sociais**. Campo Grande: UCDB, 2001.

RODRIGUES, Carla. Butler e a desconstrução do gênero. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, vol. 15, n. 1, jan./abr 2005, ps. 179-183. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v13n1/a12v13n1.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

SANTANA, Vagner Caminhas; BENEVENTO, Cluadia Toffano. **O conceito de gênero e suas representações sociais**. Buenos Aires: EFDeportes, jan. 2013. Disponível em: <<http://www.efdeportes.com/efd176/o-conceito-de-genero-e-suas-representacoessociais.htm>>. Acesso em: 21 set. 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **A (In)Diferença no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUZ JÚNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua**. Brasília: UnB, 1990.

VIVARTA, Vett. CANELA, Guilherme. **Mídia e Direitos Humanos**. Brasília: UNESCO, ANDI, SEDH, 2006.

21

MUITO ALÉM DE UM CORPO: O DIREITO À SAÚDE DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS E A POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS

*Juliana Oliveira Santos²⁸⁸
Kaoanne Wolf Krawczak²⁸⁹*

Resumo: O presente artigo propõe-se, através de uma revisão bibliográfica, apontar como se dá o acesso à saúde por parte da população de transexuais e travestis, os quais comumente “existem” para a sociedade apenas nos palcos e nas ruas, analisando-se também os possíveis entraves desta acessibilidade. Entende-se que somente diante da efetividade das garantias fundamentais, dos direitos sociais e do mútuo respeito entre os indivíduos, é viável alcançar a democracia e a igualdade, almejando assim a aproximação do real estado de bem-estar social.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito à Saúde; Política nacional de saúde; Travestis; Transexuais.

288 Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Humanos, pela Unijuí; Bacharel em Direito pela UNICRUZ; Pós-graduada em Metodologia e Didáticas pela CENSUPEG. E-mail: julianaoliveirasantos@yahoo.com.br

289 Bolsista CAPES e Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos – Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI. Bacharel em Direito pela UNIJUI. Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Anhanguera/UNIDERP. Email: kaoanne.krawczak@gmail.com

Abstract: This article proposes, through a literature review, pointing out how is access to health care for the population of transsexuals and transvestites, which often “there” to society only on stage and in the streets, analyzing also the possible obstacles of this accessibility. It is understood that it is only feasible to achieve democracy and equality before the effectiveness of the fundamental guarantees of social rights and mutual respect between individuals, thus aiming to approach the real welfare state.

Keywords: Right to Health. National Health Policy. Transvestites. Transsexuals.

INTRODUÇÃO

Nos anos iniciais do século XXI no Brasil, vem acontecendo diversas mudanças culturais, as quais são consequência do próprio movimento de universalização dos conceitos de direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

A transexualidade e a travestilidade são experiências relacionadas à identidade e foram socialmente construídas, da mesma forma que a identidade de homens e mulheres. Entretanto, ao serem formadas em resistência às normas de gênero, são socialmente marginalizadas e acabam restando vulneráveis a violências físicas e simbólicas.

O direito à saúde no Brasil está garantido na Constituição e é decorrência da grande mobilização política da sociedade, que envolveu e comprometeu as instituições públicas e o conjunto da Assembleia Nacional Constituinte, luta esta que ganhou o nome de “Movimento pela Reforma Sanitária” brasileira. Assim, a partir da Constituição de 1988, a saúde passou a ser integrante do Sistema de Seguridade Social em função do conceito de saúde adotado, ou seja, o de que a saúde é o resultado do acesso das pessoas e coletividades às políticas, aos bens e serviços sociais que promovem a qualidade de vida.

É sabido que os direitos humanos têm sido um tema recorrente na América Latina desde os primeiros movimentos de redemocratização experimentados pelos países do continente meridional. Nesse sentido, por ser relevante para alcançar alguns dos principais direitos individuais fundamentais do ser humano, a discussão

de temas como direitos sociais, direitos econômicos e culturais tornou-se uma indicação da democracia. Neste cenário, passou a ser discutido o papel do estado social na vida de todos os cidadãos, sem diferenciá-los de forma injusta e precipitada, sem desprezá-los à condição de pseudocidadãos quanto à sua participação ativa e prolongada na vida em sociedade.

O presente texto propõe-se uma análise crítica acerca da política nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, especialmente quanto à efetividade do direito à saúde desse grupo, diante de sua vulnerabilidade social e dos fatores de exclusão aos quais são submetidas dentro de uma perspectiva de gênero.

Diante disso, o presente artigo visa ressaltar como se dá o acesso à saúde por parte da população de transexuais e travestis, analisando-se também os possíveis obstáculos desta acessibilidade e a violação do direito à vida de travestis e transexuais em decorrência da discriminação e do preconceito social.

TRAVESTIS E TRANSEXUAIS: HISTÓRIA E DIREITOS

As mudanças estruturais estão transformando as sociedades, fragmentando as paisagens culturais – de gênero, sexualidade, raça, classe, nacionalidade e etnia; e, mudando nossas identidades pessoais, com a perda de um ‘sentido de si’, deslocando o sujeito, gerando uma ‘crise de identidade’. Conforme declara o estudioso Kobena Mercer, citado por Hall (2006, p. 9), “a identidade somente se torna uma questão quando está em crise, quando algo que se supõe como fixo, coerente e estável é deslocado pela experiência da dúvida e da incerteza”.

Existem muitos estudos sobre a travestilidade e as travestis enfocando, especialmente, a produção corporal, a vida ligada à prostituição e aos agravos de saúde, particularmente Aids e outras doenças sexualmente transmissíveis. Contudo alguns trabalhos, embora preocupados com essa dimensão pública da travestilidade, também se debruçam sobre a vida doméstica e conjugal das travestis, seus amores, romances, suas relações de amizade, sua vida de relações. (SILVA, 2007; KULICK, 2008)

A transexualidade é uma experiência identitária que pode ser caracterizada pela construção do gênero em contraste com as normas que instituem inteligibilidade entre corpo, identidade e sexualidade. É, portanto, a possibilidade de reinterpretar os sentidos da feminilidade e da masculinidade contrariando o impositivo de que o sexo deve ser coerente com o gênero e, nesse caso, também ultrapassar a ideia de que a fêmea biológica é a única legitimada a carregar o *status* de mulher, enquanto o macho é o único legitimado a carregar o status de homem, em uma clara menção de que a biologia não é o destino. “A transexualidade é um desdobramento inevitável de uma ordem que estabelece a inteligibilidade nos corpos”. (BENTO, 2008, p. 16)

Mais do que um conjunto de músculos, ossos, vísceras, reflexos e sensações, o corpo é também o seu entorno, ou seja, a roupa, os acessórios que o adornam, as intervenções que nele se operam, a imagem que dele se produz, as máquinas que nele se incorporam, os silêncios que por ele falam e a educação de seus gestos [...] o corpo é produto de uma construção cultural, social e histórica sobre o qual são conferidas diferentes marcas, em diferentes tempos, espaços, conjunturas econômicas, grupos sociais, étnicos, etc. (GOELLNER, 2008, p. 135)

A resolução do enigma etnográfico implica em “[...] estar presentes em interações situadas dentro de um contexto e tenta explicar a lógica não manifesta que dá sustentação a essas mesmas interações – lógica que permite às pessoas agirem de determinados modos tidos como naturais, e possibilita que as pessoas digam coisas a outras pessoas, com a expectativa de serem compreendidas”. (KULICK, 2008, p. 35)

Diante disso, as sociedades, da chamada modernidade tardia, são caracterizadas pela ‘diferença’, com variadas posições de sujeito, ou seja, diferentes identidades para os indivíduos. Entretanto, elas não se desintegram porque os diferentes elementos e identidades podem ser conjuntamente articulados, porém, apenas de forma parcial, pois a “estrutura da identidade permanece aberta”. (HALL, 2006, p. 17) Devemos ter em mente que todo esse deslocamento é positivo, porque desarticula identidades, tidas no passado como estáveis e abre a possibilidade de se criarem novas articulações.

Nesse sentido, cabe mencionar ainda, conforme Agambem (2015, p.155), que:

[...] privados de quase todos os direitos e expectativas que costumamos atribuir à existência humana e, todavia, biologicamente ainda vivos, eles vinham a situar-se em uma zona-limite entre a vida e a morte, entre o interno e o externo, na qual não eram mais que vida nua. Condenados à morte e habitantes do campo são, portanto, de algum modo inconscientemente assemelhados a *homines sacri*, a uma vida que pode ser morta sem que se cometa homicídio. O intervalo entre a condenação à morte e a execução, assim como o recinto dos *lager*, delimita um limiar extratemporal e extraterritorial, no qual **o corpo humano é desligado de seu estatuto político normal e, em estado de exceção, é abandonado as mais extremas peripécias**, onde o experimento, como um tiro de expiação, pode restituí-lo à vida (graça ou indulto da pena são manifestações do poder soberano de vida e de morte) ou entregá-lo definitivamente à morte à qual já pertence. O que aqui nos interessa especialmente, porém, é que, no horizonte biopolítico que caracteriza a modernidade, o médico e o cientista movem-se naquela terra de ninguém onde, outrora, somente o soberano podia penetrar [Grifo nosso].

Ou seja, segundo ressalta Goellner (2008, p. 135), cada marca que o corpo demonstra “não é algo dado a priori, nem mesmo é universal: é provisório, mutável e mutante, suscetível a inúmeras intervenções [...] visto que ele é construído também a partir daquilo que dele se diz”.

Assim, temos que todas essas transformações, juntamente com a modernidade, libertaram os indivíduos das amarras da tradição e das estruturas. Nesta tendência “libertadora” tem-se o surgimento de novas categorias identitárias, compostas por sujeitos que já não encontram acolhimento nas tradicionais concepções de gênero: surgem, assim, as categorias travestis e transexuais. (OLIVEIRA; GROSSI, 2014)

E como afirma Goellner (2008, p. 137):

[...] enfim, para a formação de um sujeito moderno, constituído em novos tempos cujo corpo é produzido e valorizado, estava pautado pelo lógico do rendimento, da produtividade e da individualização das aparências. [...] a produção do corpo se opera simultaneamente no coletivo e no individual [...] é uma unidade biopolítica que, ao mesmo tempo em que é único, é também partilhado porque semelhante e similar a uma infinidade de outros corpos produzidos neste tempo e nesta cultura.

Quanto a um conceito para o que são transexuais, não há divergências doutrinárias, de modo que, Diniz, citada por L. Araújo (2000, p.28), define o transexual como:

1. Aquele que não aceita o seu sexo, identificando-se psicologicamente com o sexo oposto [...] sendo, portanto, um hermafrodita psíquico [...] 2. Aquele que, apesar de apresentar ter um sexo, apresenta constituição cromossômica do sexo oposto e mediante cirurgia passa para outro sexo [...] 3. [...] é o indivíduo com identificação psicosssexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudá-los [...]

Os transgêneros, ou as transgêneras como preferem alguns cientistas, segundo Silva Junior: “[...] são indivíduos que, na sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas/construídas culturalmente para um e para outro sexo”. Assim, de acordo com o mesmo autor, são “homens, mulheres (e pessoas que até preferem não se identificar, biologicamente, por expressão alguma) que mesclam, nas suas formas plurais de feminilidade e masculinidade, traços, sentimentos, comportamentos e vivências que vão além de questões de gênero”, conforme, geralmente, são tratadas. (SILVA JUNIOR, 2011, p. 65) A partir desse conceito, é possível concluir que a expressão “transgêneros” pode englobar os (as) travestis, as (os) transexuais, os *drag queens*, as *drag kings*, os (as) *crossdressers*, as (os) transformistas e outros (as).

Quanto aos travestis, Lionço (2009, p. 8) descreve que:

Ser travesti seria investir permanentemente na construção de um corpo a ser reconhecido pelo outro como um corpo feminino. Diferentemente das transexuais, no entanto, as travestis não afirmam uma identidade feminina estrita, mas ostentam a androginia.

Por isso, é fundamental que nas escolas e nas famílias seja ensinada a “Tolerância, não a aprendizagem em que se deve tolerar tudo, até o intolerável, mas o respeito aos outros, aos diferentes de nossa cultura, àqueles ou aquelas que optam por exercer seus desejos sexuais de formas diversas [...]”. Em relação a essa ideia de tolerância, surge em “contraponto a ideia de verdade, de convicção política ou religiosa viver a tolerância significa aprender a não odiar”. (PUGA, 2015,p.654)

Desse modo, problematizar a realidade tem muito a ver, pois, com a possibilidade de construir espaços de encontro positivos entre os quais é possível explicar, interpretar ou intervir no mundo a partir de posições e disposições diferenciadas. Diante disso, para pensar os direitos de forma crítica, ou seja, afirmativamente, devem ser criadas “novas problemáticas que induzem maior quantidade de militantes pela dignidade humana a encontrar-se e a atuar conjuntamente de um modo mais adequado aos acontecimentos que estamos vivendo aqui e agora”. (FLORES, 2009, p. 31)

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que transexuais e travestis são sujeitos que se “constituem subjetivamente como indivíduos pertencentes a um gênero que não corresponde linearmente ao sexo de nascimento, sendo a diferença fundamental o fato de as travestis sustentarem uma ambiguidade ou duplicidade sexual na própria afirmação identitária”. (LIONÇO, 2009, p. 10)

Os direitos do homem representam, de fato, antes de tudo, a figura originária da inscrição da vida nua natural na ordem jurídico-política do Estado-nação. Aquela vida nua (a criatura humana), que no *Ancien Régime*, pertencia a Deus e que, no mundo clássico, era claramente distinta (como *Zoé*) da vida política (*bios*), entra agora em primeiro plano no cuidado do Estado e se torna, por assim dizer, seu fundamento terreno. Estado-nação significa: Estado que faz da natividade, do nascimento (isto é, da vida nua humana) o fundamento da própria soberania. (FOUCAULT, 2002, p. 28).

Segundo Foucault (2002), quando se fala da condição humana e da importância do Estado amparar seus cidadãos, em qualquer peculiaridade, como por exemplo os travestis e transexuais que merecem o olhar cuidadoso, atencioso do Estado.

E como decorrência da humanidade de que compartilham os homens como tais, “poderá dificultar a definição de uma agenda de reciprocidade que respeite a universalidade dos direitos humanos”. (LUCAS, 2013, p.21)

Ou conforme explica Silva (2007), a travesti rompe radicalmente com a conveniência social quando exhibe excessos de informações na composição de suas montagens, ou mais ainda quando:

[...] retira nas esquinas quase toda a vestimenta que cobre seu corpo feminino. Suas roupas e adereços, bem como seu corpo seminudo ou nu aliado às conveniências, às circunstâncias do momento em que estão nas esquinas

trabalhando ou flanando são importantes na comunicabilidade com a cidade. É no próprio tecido urbano que ele borda a inversão, se investe de todo um sintagma feminino, cobrindo-se dos signos do sexo oposto, publicamente a arrepiar caminhos. (SILVA, 2007, p. 156)

Ao se transformar, a travesti constrói e inventa um outro corpo feminino no qual “A beleza ganhou bruscamente em consistência e em imediatidade”. (VIGARELLO, 2010, p. 16) Isso é resultado do corpo com as significações que traduzem a existência de si e do outro, sendo o centro da relação com o mundo abraçando-o e tomando para si esse universo numa experiência de espaço e tempo.

Para Vigarello (2010), esse ato de se montar intenso trabalho contínuo e descontínuo ultrapassa as fronteiras de si a construir outras fronteiras em seus corpos. A beleza ou a feiura/estranheza presentes é o princípio percebido quando encontramos com elas adentrando ou já postas na cena cotidiana da cidade afirmando um local de pertencimento caracterizando um lugar identitário e de criatividade artística.

Diante disso, como explicam Colling e Nogueira (2014, p.356), ao retirar a “homossexualidade da categoria de crime e a sua posterior despatologização, a partir de 1973, a heterossexualidade compulsória perde um pouco de força porque a patologização sustentava a heterossexualidade como a única forma sadia de vivenciar a sexualidade”. A partir de então, pode-se afirmar que heterossexualidade e homossexualidade são consideradas formas possíveis de vivência da sexualidade.

Como ressalta Flores (2009, p.22), só se pode admitir pensar de outra forma, como a reação cultural mais importante a ser efetivada. Nisso consiste o que se pode chamar o “processo de humanização do humano. Não no que se refere à importância universal de algum conteúdo aceitável por todos, mas na potencialização de nossa capacidade cultural de criatividade e de postulação de alternativa ao existente”. Quanto a isso, o mesmo autor acrescenta que “A criação de novos modos de reagir diante dos entornos de relações em que vivemos é uma exigência de nossa natureza de animais culturais”.

A partir disso, pode-se afirmar que o pensamento é forma-de-vida, “vida inseparável da sua forma, e em qualquer lugar em que se mostre a intimidade dessa vida inseparável, na materialidade dos processos corpóreos e dos modos de vida habituais não menos do que na teoria, ali e somente ali há pensamento”. Portan-

to, esse pensamento, ou seja, “essa forma-de-vida que, abandonando a vida nua ao ‘homem’ e ao ‘cidadão’, que a vestem provisoriamente e a representam com os seus ‘direitos’, deve tornar-se o conceito-guia e o centro unitário da política que vem”. (AGAMBEN, 2015, p. 20-21)

Conforme explica Lucas (2013), a universalidade atribuída aos direitos humanos não nega as diferenças, nem as identidades particulares ou comunitárias; pelo contrário, ela reconhece a existência de elementos valorativos comuns que podem ser compartilhados por todos os homens, individual ou coletivamente, a ponto de as distintas ações e conceitos que povoam a vida histórica poderem configurar a diferença como um valor, acontecimento e característica de individualização universalizável.

Por sua vez, de acordo com Carvalho e Carrara (2013, p. 325) o debate público sobre a construção da categoria ‘transexual’, diferenciando-a da categoria de ‘travesti’ emergiu entre o final dos anos 1990 e 2000. Entretanto, tem-se conhecimento sobre a existência de tais categorias identitárias desde os tempos do descobrimento e da colônia, conforme ressalta Oliveira e Grossi (2014, p. 195):

Na história do Brasil, pessoas que transitam entre os gêneros, representadas principalmente pelo uso de roupas e adornos do gênero oposto, são encontradas e registradas desde os tempos do descobrimento e da colônia, seja entre os indígenas, os negros trazidos como escravos, ou na variada população dos centros urbanos dos séculos XVIII e XIX, como Salvador e Rio de Janeiro [...]

Ainda para Colling e Nogueira (2014, p. 356-357), “Enquanto na heterossexualidade compulsória todos os sujeitos devem ser heterossexuais para serem considerados normais, na heteronormatividade todos os sujeitos devem organizar suas vidas conforme o modelo heterossexual”. A partir disso, pode-se entender que a “heterossexualidade não é apenas uma orientação sexual, mas um modelo político que organiza a vida das pessoas”.

Por isso, a universalidade dos direitos humanos e sociais só pode ser assegurada mediante o reconhecimento e consideração das diferenças entre grupos sociais que se encontram em situação não apenas de distinção, mas também de desigualdade. Assim, a justiça social é compreendida na perspectiva da equidade como princípio de justiça, por meio do reconhecimento de que as diferenças sociais, econômicas e

morais não deveriam comprometer a garantia dos direitos, que são universais e aos quais não caberiam exclusões, mas que requerem estratégias diferenciadas para a garantia dos direitos em situações e circunstâncias distintas. (LIONÇO, 2009)

DIREITO À SAÚDE NO BRASIL – O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS – LEI 8.080/90)

A Saúde trata-se de uma questão complexa, por ser um conceito difuso, ou seja, não resulta apenas de questões biológicas e genéticas, mas sim de inúmeros fatores, dentre eles, socioambientais, econômicos e culturais, bem como do estilo de vida a que a pessoa está exposta. (SANTOS, 2010)

Para Santos (2010), o conceito de saúde está além da simples ausência de doenças, sendo caracterizado pela Organização Mundial da Saúde – OMS, como “o completo bem-estar físico, mental e social”, ou seja, trata-se do gozo completo de bem-estar.

Neste sentido há de se destacar, o caráter fundamental do direito à saúde. A saúde trata-se de direito humano, sendo encontrada no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “conceito este aceito por inúmeras Constituições ao redor do mundo, o que nos ensina que, o Estado (devedor), tem o condão de garantir saúde a todo indivíduo (credor)”. (SCHWARTZ, 2004, p. 127)

Importante mencionar que além de tratar-se de um direito humano, o direito à saúde no Brasil, é também um direito fundamental, conforme o que disposição o art. 5º, §1º, da Constituição Federal Brasileira. “O mencionado dispositivo resulta na auto-aplicabilidade do direito à saúde que, faz com que seja possível exigir inclusive judicialmente tal direito”. (SCHWARTZ, 2004, p. 129)

Com base nesse entendimento, a saúde jamais poderá deixar de ser considerada um direito, haja vista sua ligação com a vida e a dignidade.

Acerca deste tema, Santos (2010, p.25) discorre que: “A Constituição brasileira conferiu à saúde uma dimensão que vai além da biologia – uma dimensão biopolítica e social”.

Neste ponto, há de se destacar que a saúde vincula-se geneticamente ao direito à vida, e tem no ordenamento jurídico brasileiro um sistema que dela se ocupa, qual seja, o Sistema Único de Saúde – SUS, que é regulamentado pela Lei n.º

8.080/1990, bem como atribuições definidas em demais leis e na Constituição Federal. (SANTOS, 2010)

O direito à saúde e à sua promoção por parte do Poder Público é universal, ou seja, deve alcançar todos os brasileiros sem distinção de raça, cor, credo, ou orientação sexual. Todo o brasileiro ou residente no país tem direito a participar de ações preventivas e a receber atenção curativa do SUS.

O Programa Brasil Sem Homofobia (BRASIL, 2004), com políticas públicas direcionadas ao público LGBT, em especial quanto ao combate da violência discriminatória, definiu como princípio a reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção de direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e violência, tendo o combate à homofobia como um dos compromissos do Estado e da sociedade civil.

Com a Constituição de 1988, “o direito à saúde foi elevado à categoria de direito subjetivo público, no reconhecimento de que o sujeito é detentor do direito que o Estado está obrigado a garantir [...] hoje, compete ao Estado garantir a saúde do cidadão e da coletividade”. (SANTOS, 2010, p.147)

Desta forma, diante do conceito trazido pela Constituição Federal de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, esta deve ser garantida através de políticas públicas sócias e econômicas, as quais visem reduzir o risco de doença e de outros agravos, bem como garantir o acesso Universal e igualitário às ações e serviços prestados para sua promoção, recuperação e proteção alcançando todos os brasileiros.

Importante acrescentar, como ressalta Flores (2009, p. 31), que:

Problematizar a realidade tem muito a ver, pois, com construir espaços de encontro positivos entre os quais explicamos, interpretamos ou intervimos no mundo a partir de posições e disposições diferenciadas. Por tais razões, se em realidade queremos pensar de forma crítica – que dizer afirmativamente – os direitos, devemos criar novas problemáticas que induzam maior quantidade de militantes pela dignidade humana e encontrar-se e a atuar conjuntamente de um modo mais adequado aos acontecimentos que estamos vivendo aqui e agora. Problematizar a realidade – ou seja, pensar – supõe, a partir de nossa posição, criar condições que nos permitem um encontro efetivo com os outros seres humanos e com o outro: a natureza que nos alimenta e nos envolve.

Todos os seres humanos têm direito à felicidade, ao desenvolvimento, todos tem direito a realizar seus desejos, a fazer escolhas em um regime social que lhe ofereça igualdade e oportunidades, e as sociedades devem lutar para que isto não seja utopia. Definir a saúde como o “completo bem-estar” é algo que soa distante da realidade, principalmente quando o acesso à saúde se dá apenas pelas mãos do Estado, ou seja, é preciso fortalecer as políticas públicas de saúde e de inclusão para que seja possível a aproximação do bem-estar por parte dos cidadãos brasileiros.

POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE INTEGRAL DE LÉSBICAS, GAYS, BISSEXUAIS, TRAVESTIS E TRANSEXUAIS (2013)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa um marco no reconhecimento e na afirmação dos Direitos Humanos, revelando o caráter universal dos direitos à igualdade, à liberdade e à dignidade, destacando que não haja “distinção de qualquer espécie”, defendendo que a reputação, a honra e a privacidade são fundamentais ao desenvolvimento da individualidade dos sujeitos e que, portanto todos os seres humanos possuem este direito. Os direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos referem-se à imagem de um ser genérico, universal, incluindo, sem sombra de dúvidas, a população LGBT. Nesta direção, importante mencionar que o livre exercício da sexualidade e das variadas formas de expressão de gênero são requisitos fundamentais das “liberdades individuais”, asseguradas na Declaração aqui destacada.

Nos anos de 1960 e 1970 ocorreu a chamada Revolução Sexual, bem como surgiram os avanços do movimento feminista e do movimento negro, os quais contribuíram para que muitas pessoas e grupos socialmente segregados e estigmatizados se tornassem sujeitos de políticas, bem como ações em saúde, as quais ganharam um caráter mais inclusivo, ou seja, de acordo com a promoção e garantia dos direitos humanos.

O SUS, que também foi criado pela Constituição, está baseado em um conjunto de princípios e o primeiro deles é a universalidade. Isso significa que todos têm direito ao acesso gratuito aos seus serviços de saúde. O SUS deve ser integral, ou seja, deve oferecer todas as modalidades de atendimento que as pessoas e as comunidades necessitam: desde iniciativas e ações de promoção e prevenção até

as mais especializadas. O SUS deve ter a participação da comunidade, pelo entendimento de que esta é a forma pela qual os usuários e usuárias vocalizam suas necessidades e demandas. Para dar concretude à participação popular, foram criados os conselhos e as conferências de saúde para o exercício do controle social, voltado à análise e aprovação das diretrizes, planos e programas de saúde e monitoramento, avaliação e fiscalização da gestão e execução de planos e programas. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008)

O reconhecimento da homossexualidade como orientação sexual somente ocorreu na década de 1970. Os estudos do filósofo Michel Foucault (1926-1984) dentre outros, auxiliaram na mudança do conceito da homossexualidade, que começou a ser considerada não mais um desvio ou doença, mas como um elemento da sexualidade humana (HEUSELER; LEITE, 2015)

A Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, aprovada pelo Conselho Nacional de Saúde em 2008 e publicada pela Portaria nº 2.836, de 1º de dezembro de 2011, reafirma que a garantia ao atendimento à saúde é uma prerrogativa de todo cidadão e cidadã brasileiros, respeitando-se suas especificidades de gênero, raça/etnia, geração, orientação e práticas afetivas e sexuais, indicando os princípios fundadores do Sistema Único de Saúde (SUS): integralidade, universalidade e equidade. (BRASIL, 2013)

A Política de Saúde LGBT, por meio dos seus nove artigos, indica as responsabilidades de cada esfera de gestão (federal, estadual e municipal) para execução de ações que tenham por finalidade a garantia do direito constitucional à saúde pela população LGBT com qualidade, acolhimento e humanização. (BRASIL, 2013)

De acordo com Lionço (2009), o ideal seriam iniciativas transversais entre diferentes políticas de saúde, a fim de otimizar a implementação de ações em saúde já estimuladas no SUS de acordo com as especificidades de transexuais, não apenas entre os recortes de gênero, mas incluindo também a questão da saúde no sistema penitenciário, do idoso, do adolescente e jovem, entre outras. A demanda identitária vem responder a um anseio por reconhecimento, em detrimento da complexificação e qualificação das estratégias e ações em saúde.

Durante a apresentação da Política Nacional de Saúde do Homem no Conselho Nacional de Saúde, no fim de 2008, o segmento de travestis também se manifestou contrariamente à inserção de suas especificidades nesse documento, reve-

lando que a demanda identitária pode comprometer iniciativas inclusivas em curso. (LIONÇO, 2009)

O desafio da promoção da equidade para a população LGBT deve ser compreendido a partir da perspectiva das suas vulnerabilidades específicas, com iniciativas políticas e operacionais que visem à proteção dos direitos humanos e sociais dessas populações. Há um consenso sobre a necessidade do combate à homofobia no SUS, a partir do conceito de saúde da Organização Mundial da Saúde (OMS), para a qual a proteção do direito à livre orientação sexual e identidade de gênero não é apenas uma questão de segurança pública, mas envolve também, de maneira significativa, questões relacionadas à saúde mental e a atenção a outras vulnerabilidades quanto a esses segmentos. Além disso, o combate à homofobia é uma estratégia fundamental e estruturante para a garantia do acesso aos serviços e da qualidade da atenção. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008)

Enfrentar a complexidade dos determinantes sociais da vida e da saúde das pessoas e coletividades requer intervir sobre exclusão social, desemprego, bem como acesso digno a moradia e alimentação, incluindo o reconhecimento dos fatores que se entrecruzam, maximizando a vulnerabilidade e o sofrimento de grupos específicos. Nesse contexto, todas as formas de discriminação, como no caso da homofobia, devem ser consideradas como situações produtoras de doença e sofrimento. Por outro lado, é importante compreender que a homofobia não ocorre de maneira isolada de outras formas de discriminação social: ela caminha ao lado e se reforça pelo machismo, o racismo, a misoginia e outras formas correlatas de discriminação. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008)

A Política Nacional de Saúde Integral LGBT é um instrumento para o Controle Social no SUS, e para isso, a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, prevê a formação dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde, assim como define que os Conselhos de Saúde são instrumentos legítimos de fiscalização das políticas de saúde e têm papel deliberativo, além de representarem os gestores, trabalhadores e usuários do SUS. Ainda conforme esta lei, as três esferas de gestão do SUS devem elaborar os planos de saúde e apresentá-los aos conselhos de saúde, com os objetivos, metas e ações de saúde a serem realizadas. Os Conselhos podem, ainda, implantar Câmaras Técnicas, Grupos de Trabalho ou Comissões LGBT para acompanhar, monitorar e fiscalizar a execução da Política de Saúde LGBT nas três esferas de governo. Outro importante espaço de participação social e de diálogo

da gestão com os movimentos sociais são os Comitês de Saúde Integral LGBT. (BRASIL, 2013)

Com a ampliação da atual perspectiva da integralidade da atenção à saúde desses segmentos populacionais brasileiros, é reconhecido que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem situações muito mais complexas e são fatores de vulnerabilidade para a saúde. Tal reconhecimento deve-se não apenas por implicarem práticas sexuais e sociais específicas, mas também por exporem a população LGBT a agravos decorrentes do estigma, dos processos discriminatórios e de exclusão social, que violam seus direitos humanos, entre os quais, o direito à saúde, à dignidade, a não-discriminação, à autonomia e ao livre desenvolvimento. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de produção de saúde é uma tarefa que envolve diversos recursos e áreas para sua efetivação. O campo das Políticas Públicas de Saúde é coletivo, não só porque Saúde Pública é, entre nós, Saúde Coletiva, mas, sobretudo porque não há como pensar os problemas que aí se colocam sem o esforço de diversos profissionais.

Diante de todo exposto, no decorrer deste artigo ressalta-se que as demandas por direito à saúde para pessoas lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT) é um dos eixos necessários a serem incorporados para o aprofundamento da democracia.

O objetivo principal deste artigo foi apresentar uma análise crítica acerca da política nacional de saúde integral de lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais, visando contribuir para a desconstrução de uma visão conservadora e politicamente nociva que discrimina.

É importante ressaltar que, na história do Brasil, foi constante o exílio de sujeitos travestis de suas cidades ou de seus lares, consagrado como fundamental nas mais diversas declarações de direitos e ordenamentos jurídicos, a saúde representa para a maioria das pessoas não só garantia de vida, mas também satisfação pessoal. Para travestis, o acesso à saúde é geralmente dificultado pelo preconceito e por

baixos índices de escolarização, além da discriminação que leva a caminhos que parecem inevitáveis, como a prostituição.

A visão ampliada e integral da saúde tal como definida na nossa Constituição, é uma conquista da sociedade brasileira, mas o País ainda está muito distante de ver tais princípios consolidados no cotidiano das pessoas. Para que isso aconteça é necessário que toda a população e os movimentos sociais se apropriem de capacidade crítica e política para exigir as melhorias necessárias à qualidade de vida. No entanto, é importante lembrar que, independentemente das melhorias das condições de vida e de níveis de saúde, as situações de desequilíbrio, vulnerabilidades e riscos sempre irão demandar por serviços de atenção e cuidado à saúde.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Para além dos direitos do homem. In: _____. **Meios sem fim:** Notas sobre a política. Belo Horizonte: Autêntica, 2015, pgs. 23-34.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual.** São Paulo: Saraiva, 2000.

BENTO, Berenice. **A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual.** Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2008.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia:** Programa de combate à violência e à discriminação contra LGTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf>. Acesso em: 25 jul 2017.

_____. **Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais.** Brasília: 2013. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/folder/pnsi_lesbica_gays_bissexuais_travestis.pdf>. Acesso em: out 2016.

CARVALHO, M. & CARRARA, S. “Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil”. **Sexualidad, Salud y Sociedad,** Rio de Janeiro, n. 14, ago. 2013, ps. 319-351. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludSociedad/article/view/6862>>. Acesso em: 25 jul 2017.

COLLING, Leandro; NOGUEIRA, Gilmaro. Relacionados mas diferentes: sobre os conceitos de homofobia, heterossexualidade compulsória e heteronormatividade. In: RODRIGUES, Alexsandro; DALLAPICULA, Catarina; FERREIRA, Sérgio Rodrigo da S. (Org.). **Transposições:** lugares e fronteiras em sexualidade e educação. 1. ed. Vitória: EDUFES, 2014, p. 171-183.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos.** Rio de Janeiro-RS: Lumen Juris, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** 25.ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOELLNER, Silvana Vilodre. A cultura fitness e a estética do comedimento: as mulheres, seus corpos e aparências. In: STEVENS, Cristina Maria Teixeira (Org.). **A construção dos corpos: perspectivas feministas.** Florianópolis: Ed. Mulheres, 2008, p. 245-280.

HALL, S. **A identidade cultural na pós-modernidade.** 11. ed. São Paulo: DP&A, 2006.

HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. A homossexualidade segundo a ótica de Foucault. In: **Âmbito Jurídico,** Rio Grande, XVIII, n. 136, maio 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15974&revista_caderno=15>. Acesso em: out 2016.

KULICK, Don. **Travesti: prostituição, sexo, gênero e cultura no Brasil.** Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito Fundamental à Saúde:** efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial. Curitiba: Juruá, 2014.

LIONÇO, Tatiana. Atenção integral à saúde e diversidade sexual no Processo Transsexualizador do SUS: avanços, impasses, desafios. **Physis,** Rio de Janeiro, vol. 19, n. 1, fev. 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e Interculturalidade: um diálogo entre a igualdade e a diferença.** 2. ed. Revisada e Ampliada. Ijuí-RS: Unijuí, 2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de Apoio à Gestão Participativa, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Ministério da Saúde. Saúde da população de gays, lésbicas, bissexuais, travestis e transexuais. **Saúde Pública,** São Paulo, v. 42, n. 3, Jun. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102008000300027>. Acesso em: 25 jul 2017.

OLIVEIRA, Melissa Barbieri de; GROSSI, Miriam Pillar A invenção das categorias travesti e transexual no discurso científico. **Estudos Feministas,** Florianópolis, vol.22, no.2, may/aug. 2014.

POLEJACK, Larissa [et al.]. Psicologia e políticas públicas na Saúde: experiências, reflexões, interfaces e desafios. Porto Alegre: Rede Unida, 2015. 440 p.

SANTOS, Lenir. **Direito da Saúde no Brasil.** São Paulo-SP: Saberes, 2010.

SANTOS, André Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A indiferença no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2015.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Hélio R. S. **Travestis entre o espelho e a rua**. Rocco Editora, Rio de Janeiro-RJ, 2007.

SILVA JUNIOR, Enézio de Deus. Diversidade Sexual e suas nomenclaturas. In: DIAS, Maria Berenice (Org). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VIGARELLO, Georges (Org.). **História do corpo**. Da Renascença às Luzes, vol. 1. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 15-18.

22

MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS: A INDIVISIBILIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE COM OUTROS DIREITOS

*Daiane Calioni Berton
Ana Maria Foguesatto*

Resumo: A não preservação de um meio ambiente saudável e sustentável enseja na frustração de outros direitos fundamentais. Diante disso, o objetivo central do trabalho é o de verificar quais direitos fundamentais se veem mais prejudicados, e até violados, quando não observada a devida proteção a um meio ambiente saudável e sustentável. Se demonstrará a indivisibilidade dos direitos humanos, característica essa que inter-relaciona esses direitos. Para isso, realizou-se pesquisa do tipo exploratória, com a coleta de dados em fontes bibliográficas disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. Na sua realização será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Preservação; Direitos fundamentais; Vida; Saudável; Características.

Abstract: Failure to preserve a healthy and sustainable environment leads to frustration with other fundamental rights. Therefore, the central objective of the work is to verify which fundamental rights are most harmed, even violated, when not observed the proper protection to a healthy and sustainable environment. It will demonstrate the indivisibility of human rights, a feature that interrelates these rights. For this, exploratory research was conducted, with the collection of data in

bibliographic sources available in physical media and in the computer network. In its accomplishment will be used the hypothetico-deductive approach method.

Keywords: Preservation; Fundamental rights; Life; Healthy; Characteristics.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda os temas direitos humanos e meio ambiente. Iniciou-se realizando uma abordagem histórica acerca dos direitos humanos, seu conceito, suas características, entre outros dados importantes. Destaca-se a partir de que momento na história o meio ambiente passou a ser reconhecido como um bem jurídico tutelado pela legislação nacional e internacional, e ainda, o seu reconhecimento como direito fundamental.

Após uma abordagem geral acerca dos direitos humanos e do reconhecimento do meio ambiente como integrante desses direitos, adentra-se à análise de uma de suas características, qual seja, da indivisibilidade. A referida característica inter-relaciona todos os direitos fundamentais entre si.

Essa característica, bem como as demais, foram atribuídas a esses direitos na II Conferência Mundial de Direitos Humanos no ano de 1993 em Viena, na qual promulgou-se a Declaração de Viena. Essa reafirmou e consagrou o que já era previsto pela declaração de 1948 quanto a proteção dos direitos humanos.

Diante disso, com fundamento na indivisibilidade dos direitos humanos, se buscará verificar quais direitos fundamentais se veem mais prejudicados, e até violados, quando não observada a devida proteção a um meio ambiente saudável e sustentável, dando-se ênfase ao direito à vida.

DESENVOLVIMENTO

Todos os seres humanos nascem essencialmente iguais, porém, com individualidades no aspecto físico, intelectual e psicológico, o que os tornam diferentes uns dos outros. Essas peculiaridades inerentes a cada ser humano não interfere na garantia dos seus direitos fundamentais.

Conforme Dalmo Abreu Dallari (2004), os direitos fundamentais são aqueles direitos sem os quais a pessoa humana não conseguiria existir, desenvolver e participar plenamente da vida, e esses são os mesmos para todas as pessoas independentemente de ser homem ou mulher, da cor de sua pele, da sua classe social, de sua preferência política ou seu credo.

Os direitos humanos ainda são um fenômeno recente, sua maior consolidação passou a se dar após a II Guerra Mundial. A partir de então, eles se internacionalizaram de forma mais intensa, diante do reconhecimento da necessidade de uma proteção mais extensa à pessoa humana (PINHEIRO, 2008). Com a extensão desses direitos, a proteção ao meio ambiente saudável e sustentável passou a ser contemplado como direito fundamental.

Diante disso, passaremos a realizar uma abordagem acerca da história dos direitos humanos, do seu conceito, da relação existente entre os direitos humanos e o meio ambiente, destacando-se a partir de qual momento o referido bem jurídico passou a ser reconhecido como direito humano.

Aspectos históricos dos direitos humanos

Segundo Damiano de Lima Trindade (2015), o início da história dos direitos humanos vai depender do aspecto adotado para se fazer a análise. Por exemplo, no caso da história filosófica a mesma começa a ter sua origem na antiguidade clássica na Grécia, por volta dos séculos II ou III a.C., e a Cícero e Diógenes na antiga Roma. No caso da história religiosa, no ocidente, é possível ver seu início a partir de certas passagens do Sermão na Montanha. No caso da história política, é possível iniciar com algumas das noções da Magna Charta Libertatum que o rei inglês João Sem Terra foi obrigado a acatar em 1.215. Já no caso da história social, busca-se compreender como e por quais motivos reais ou velados, as diversas forças sociais

interferiram em cada momento no sentido de impulsionar, retardar ou modificar o desenvolvimento e a efetividade dos direitos humanos na sociedade.

Como já citado, foi a partir do século XVIII com a Revolução Francesa, no início do ano de 1789, que se deram os primeiros movimentos para o verdadeiro desenvolvimento dos direitos humanos. Naquele momento, a França era um Estado Absolutista, o rei concentrava em suas mãos os três poderes, executivo, legislativo e judiciário. A França encontrava-se dividida em três grupos de pessoas, entre eles, o clero, a nobreza e, o último, o restante da população, entre eles burgueses, trabalhadores urbanos e camponeses. As pessoas pertencentes ao terceiro e último grupo, eram exploradas em seus trabalhos, sofriam da falta de alimentos, altos valores cobrados de impostos, e ainda lhes era negado participação nas decisões da sociedade.

A partir de então, com o descontentamento dessa parte da população, e com incentivo da ideologia fornecida pelo movimento iluminista, os franceses deram início a Revolução Francesa, em busca de uma nova forma de organizar a sociedade, o que resultou em uma nova Constituição, que foi proclamada como sendo a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. A referida Declaração reafirmou e reforçou que: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” em seu artigo 1º. O reconhecimento da fraternidade, ou seja, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, só foi alcançada com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em 1948. (COMPARATO, 2010).

Em 10 de dezembro de 1948, fora aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, como se percebe com a leitura de seu preâmbulo, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial. Ela prevê em seu artigo I que “todos os serem humanos nascem iguais em dignidade e direitos.” Ademais, afirma Dallari (2004, p. 15), que:

Segundo a Declaração, todos devem agir, uns em relação aos outros, “com espírito de fraternidade”. A pessoa consciente do que é e do que os outros são, a pessoa usa sua inteligência para perceber a realidade, sabe que não teria nascido e sobrevivido sem o amparo e a ajuda de muitos. E todos, mesmo os adultos saudáveis e muito ricos, podem facilmente perceber que não podem dispensar a ajuda constante de muitas pessoas, para conseguirem satisfazer suas necessidades básicas. Existe, portanto, uma solidariedade natural, que decorre da fragilidade da pessoa humana e que dever ser completada com o sentimento de solidariedade.

No ano de 1993 foi promulgada a Declaração de Viena, que reafirmou e consagrou o já determinado pela declaração de 1948 quanto a proteção dos direitos humanos. Além desses, vários outros documentos contribuíram e foram importantes para o desenvolvimento dos direitos humanos.

Conceito

Segundo Dallari (2004, p. 12), “a expressão direitos humanos é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais de uma pessoa humana”. Os direitos fundamentais, são aqueles sem os quais a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de desenvolver –se e participar plenamente da vida. A vida é um direito fundamental, todavia, para a preservação da mesma são necessárias demais garantias para que a pessoa possa existir, entre elas alimentação, saúde, moradia e educação.

Pode –se conceituar os direitos humanos sob dois aspectos. O primeiro aspecto, analisa os fundamentos primeiros desses direitos e é tema de uma importante relevância para a filosofia, sociologia e ciência política contemporânea. Já o segundo, é a abordagem jurídica que se relaciona diretamente com tratados, convenções e legislações, sendo através desta definição que se dá a regulação dos mecanismos internacionais e nacionais garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana (PINHEIRO, 2008).

Importante se faz esclarecer a diferença do conceito de algumas expressões que estão relacionadas a esses direitos. São elas: direitos humanos; direitos fundamentais; e, direitos do homem. Vejamos:

A primeira nomenclatura que surgiu foi a dos direitos do homem, a qual remonta a época do jusnaturalismo, pois bastava ser homem para possuir direitos e poder usufruí-los. Entretanto, tal nomenclatura sofreu várias críticas devido à expressão “homem”, tendo em vista que tais direitos não eram apenas inerentes as pessoas do sexo masculino, mas, sim, a qualquer pessoa humana. Dessa maneira, após várias oposições com relação à nomenclatura adotada, os direitos do homem passaram a ser chamados de direitos fundamentais, os quais se ocupam do plano constitucional e visam assegurar e proteger os direitos inerentes a cada ser humano para que possam usufruir de uma vida digna. Não sendo diferente da finalidade dos direitos humanos que, diferentemente dos direitos humanos, figuram no plano internacional. Dessa maneira, após várias oposições com relação à nomenclatura adotada, os direi-

tos do homem passaram a ser chamados de direitos fundamentais, os quais se ocupam do plano constitucional e visam assegurar e proteger os direitos inerentes a cada ser humano para que possam usufruir de uma vida digna. Não sendo diferente da finalidade dos direitos humanos que, diferentemente dos direitos humanos, figuram no plano internacional. (BELLINHO, 2015).

Entre alguns dos principais direitos da pessoa humana, podemos destacar, a sua individualidade, pois embora todos nasçam iguais, cada ser humano tem suas particularidades e é preciso respeitá-las. Além desta, destacamos também a liberdade, liberdade de poder escolher aquilo que considera ser o melhor para si, embora muitas vezes, essas decisões sejam influenciadas pela educação que recebem ou pelo meio social em que vive, todavia, embora essas circunstâncias, a faculdade de cada pessoa em ser livre continua prevalecendo. Por fim, destacamos a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos dita que “todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos”, e ainda, que todos devem agir com “espírito de fraternidade”. Conforme Dallari (2004, p. 15),

A pessoa consciente do que é e do que os outros são, a pessoa que usa sua inteligência para perceber a realidade, sabe que não teria nascido e sobrevivido sem o amparo e ajuda de muitos. E todos, mesmo os adultos saudáveis e muito ricos, podem facilmente perceber que não podem dispensar a ajuda constante de muitas pessoas, para conseguirem satisfazer suas necessidades básicas.

Segundo Rabenhorst (2015, p. 5),

Ronald Dworkin, concebe os direitos humanos como “coringas”, isto é, como aquelas cartas do jogo de baralhos que possuem um valor especial, podendo ganhar para quaisquer outras. Por exemplo, o Estado poderia desejar matar todos os suspeitos de cometerem delitos em nome da redução da criminalidade. Contudo, caso isso viesse a acontecer, poderíamos evocar em nossa defesa a existência de valores mais importantes, tais como a vida e a integridade física dos seres humanos. Na metáfora de um jogo que estaríamos a jogar contra o Estado, tais valores funcionariam como trunfos ou coringas.

Diante disso, faz-se importante a observância dos direitos acima declarados, a fim de que a sociedade possa construir um ambiente mais harmônico e que respeite os direitos de cada indivíduo.

Classificação dos direitos humanos

A evolução desses direitos na história são apresentados, atualmente, em dimensões, uma vez que esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, porém resultam num processo de fazer-se e de complementariedade permanente. (WOLKMER, 2016).

Segundo o referido autor, podemos destacar atualmente cinco dimensões dos direitos humanos: a) primeira dimensão (direitos civis e políticos); b) segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais); c) terceira dimensão (direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade); d) quarta dimensão (“novos” direitos referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética); e) quinta dimensão (“novos” direitos advindos das tecnologias de informação (internet), do ciberespaço e da realidade virtual em geral).

Além de Wolkmer, ainda é possível abordar a classificação dos direitos humanos a partir de outros autores, entre eles, Gilmar Antonio Bedin e Norberto Bobbio. Destaca-se que o direito ao meio ambiente saudável e sustentável, encontra-se amparado pelos direitos de terceira dimensão, entre os direitos de solidariedade e os transindividuais.

As características dos direitos humanos

A Declaração de Viena é um dos documentos mais adotados pela comunidade internacional quando abordado o tema direitos humanos. A Declaração é resultado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos ocorrida em 1993. Essa Conferência contribuiu de forma decisiva na consolidação dos direitos humanos, e ainda, colocou fim a antigas disputas doutrinárias acerca dos principais fundamentos dos direitos humanos. Assim, esses direitos passaram a ter características próprias, entre elas: o internacionalismo, a universalidade a indivisibilidade e como direitos frente ao Estado (PINHEIRO, 2008).

O internacionalismo como característica dos direitos humanos divide-se, segundo a doutrina, em dois efeitos: o vertical e o horizontal. O efeito vertical significa que os direitos humanos devem obrigatoriamente recair nos Estados e não em outros indivíduos, pois são direitos inerentes a todo ser humano e de vigência universal. Já o efeito horizontal, implica em conhecer as repercussões que as relações com outros indivíduos têm para o gozo e exercício desses direitos, e ainda traz consigo obrigações específicas para o Estado enquanto garantidor desses direitos (PINHEIRO, 2008).

Quanto a característica da universalidade dos direitos humanos, podemos afirmar, segundo Pinheiro (2008), que sua marca principal consiste no seu conteúdo, qual seja, normas gerais que estão destinadas a todas as pessoas como seres humanos, sejam elas nacionais ou estrangeiras. Essa característica, como já citado, se reafirma com a Declaração de Viena em 1993, que declara em seu artigo primeiro que: “A natureza universal de tais direitos e liberdades não admite dúvidas”. E ainda afirma no artigo 5º. que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger todos os direitos, independentemente dos respectivos sistemas (PINHEIRO, 2008).

Os direitos humanos frente ao Estado, são aqueles direitos que ele deve garantir a pessoa humana a fim de preservar sua dignidade como ser humano. Segundo Pinheiro (2008, p. 7),

Definir os direitos humanos como prerrogativas que tem todo indivíduo frente aos órgãos do Poder para preservar sua dignidade como ser humano e cuja função é executar a interferência indevida do Estado em áreas específicas da vida individual e assegurar a prestação de determinados serviços por parte do Estado para satisfazer as necessidades básicas que reflitam as exigências fundamentais de cada ser humano.

Por fim, destacamos o princípio da indivisibilidade, o qual abordaremos de forma mais contundente no discorrer deste trabalho. Podemos dizer que “todos os direitos humanos, nacional e internacional, constituem um complexo integral, harmônico e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.” (PINHEIRO, 2008, p. 6).

Diante do exposto, é possível observar, que os direitos humanos possuem características peculiares, e que essas características são indispensáveis para o reconhecimento e exercício desses direitos. Embora essas características sejam bem definidas, é importante saber que os direitos humanos são direitos que estão sempre em movimento.

Direitos humanos no Brasil

Pode-se dizer que na raiz da formação da sociedade brasileira há um profundo processo de exclusão da maior parte da população, e isso consiste em três questões principais, sendo elas, a pobreza e a desigualdade, o racismo, e o sexismo (CARBONARI, 2007).

Enquanto as Nações Unidas (ONU) construía uma Carta que tinha como objetivo principal a concretização dos direitos humanos, o Brasil vivia a ditadura militar em sua fase mais intensa (1964 – 1967). Neste momento histórico, o Brasil foi marcado pela inviabilização de conteúdo e de experiência e participação política e social, e pela prisão, exílio e morte de centenas de pessoas que se opunham à ditadura militar. Assim, foi diante desses movimentos que a sociedade brasileira iniciou as suas manifestações contra a ditadura no país, tendo elas uma colaboração significativa para que mais tarde os direitos humanos aqui se firmassem. Muitos movimentos se consolidaram na década de 80, entre eles podemos destacar o Movimento Nacional de Direitos Humanos fundado em 1982.

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 significou um marco de convergência da resistência política e um ponto de referência para a afirmação dos direitos humanos no Brasil. Vejamos:

O final da década de 1980 foi marcado por um conturbado momento histórico: o término das alternativas reais à sociedade de mercado, em nível mundial, de um lado, e a consciência crescente de que, no subterrâneo da retórica dos direitos, vicejava sorrateiramente o neoliberalismo, por outro. Foi um tempo de proclamação do fim das utopias. Contraditoriamente, no entanto, a sociedade brasileira vivia os tempos de institucionalização de parte de suas utopias, com a nova Constituição e, com eles, a inauguração da construção de bases para a realização dos direitos humanos. Foi um tempo também de eleição de uma aventura política que resultou inviabilizada por meio do movimento do impeachment. A mesma força que levou a Constituição a ser pautada

pelos direitos humanos, consideradas as circunstâncias, viu-se assolada por um governo que depunha contra ela. As forças populares resistiram, no mesmo espírito, mesmo sem conseguir com isso instaurar a abertura de novo ciclo político e, sobretudo, a implementação de transformações econômicas e sociais estruturantes. O movimento de constitucionalização dos direitos viu-se, imediatamente em seguida, chamado à sua complementação mediante a construção de legislações complementares. Nessa esteira nasceram leis orgânicas como a da Saúde e o Estatuto da Criança e do Adolescente, para exemplificar, além de inúmeras propostas que não se tornaram legislação ainda, como o fim da Justiça Militar, e outras que somente se transformaram em lei mais tarde, como a que tipifica o crime de tortura, entre outras. (CARBONARI, 2007, p. 44).

Já na década de 1990, deu-se início, através de um forte movimento social que exigia direitos, a uma consolidação legislativa capaz de abrir espaços no Estado visando garantir maior participação dos cidadãos e a busca pelo controle social para auxiliar na efetivação dos direitos constitucionais (CARBONARI, 2007).

Embora o Brasil concorde com as principais convenções internacionais acerca dos direitos humanos, o país ainda encontra-se distante de atingir plenamente a efetivação desses direitos. Podemos citar alguns exemplos de ações que violam os direitos humanos, entre eles, a violação do direito à terra, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia e justiça social.

Há também um grande aumento no número de mortes em virtude da violência urbana e da violência contra a mulher. Há mortes também de crianças indígenas provocadas pela subnutrição, e morte de trabalhadores em canaviais que são obrigados a produzir 10 toneladas de cana por dia para garantir sua cesta básica (RODRIGUES, 2006).

A população rural do Brasil é a que tem mais dificuldade na América Latina em ter acesso à água potável e, em enfrentar a pobreza. A fome e a violação à alimentação adequada, ainda são grandes desafios para a sociedade brasileira, em especial aos povos indígenas, quilombolas, afrodescendentes, às populações acampadas, assentadas, aos sem teto, em situação de rua e aos que sobrevivem dos lixões (RODRIGUES, 2006).

Diante disso, pode-se perceber que os direitos humanos como instrumentos normativos, legais, jurídicos e políticos é relativamente recente, assim como o as formas de contribuições para a efetivação desses direitos (CARBONARI, 2007). Assim, faz-se necessário que o país continue perseverar na busca e proteção da pes-

soa humana, a fim de que lhe seja garantido dignidade, entre outros direitos, dispostos na Constituição do País.

Meio ambiente e direitos humanos

O discurso ambiental ainda é muito recente. No Brasil, o referido bem jurídico é amparado constitucionalmente no artigo 225 da nossa Carta Magna, o qual prevê sua essencialidade para uma sadia qualidade de vida, e atribui a todos seres humanos o dever de protegê-lo, e o direito de usufruí-lo.

Por vários séculos a ação do homem sobre a natureza foi no sentido de domínio e exploração, e não de desenvolvimento e conservação, pois acreditava-se que os recursos ambientais fossem ilimitados. Atualmente estamos sofrendo as consequências dessas ações, colocando em risco o próprio direito à vida ao violar outros direitos fundamentais indispensáveis à sobrevivência.

Tanto os direitos humanos, como a proteção e preservação de um meio ambiente saudável, representam desafios gigantescos e universais para o nosso tempo (TRINDADE, 2015). Buscaremos demonstrar agora, de que forma a não observância da proteção ao meio ambiente, bem jurídico esse amparado pelos direitos humanos, interfere na ingerência de diversos direitos fundamentais.

O discurso ambiental é recente tanto em âmbito nacional como internacional, encontra-se amparado pelos direitos humanos, e se deu através de inúmeros movimentos sociais, culturais, científicos, econômicos e desenvolvimentista ocorridos com mais intensidade nas últimas três décadas do século XX. No Brasil, não se tem um marco de grande relevância que deu início à discussão ambiental, porém, acredita-se que foi com a sua participação na Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, no ano de 1972, que se introduziu no país o discurso.

O reconhecimento do ambiente como bem jurídico, também é algo recente e surge com maior ênfase na segunda metade do século XX. Podemos contemplar sua disposição no artigo 225 da Constituição Federal vigente. Sobre a expressão “bem jurídico”, Elenise Felzke Schonardie (2011, p. 12) a designa como,

Todo valor da vida humana protegido pelo Direito, contudo o processo de eleição e reconhecimento de um determinado bem como sendo importante para a vida humana, que orientará o sentido e o conteúdo da norma, re-

aliza-se num espaço conflitivo de interesses, prevalecendo os interesses de determinados grupos, que estão ligados a setores politicamente articulados. Por essa razão, podemos afirmar que o bem jurídico tem um sentido social próprio, anterior à norma e em si mesmo decidido. Não que expresse a real necessidade de um conjunto social, mas que representa a vitória de forças que estão, no aspecto político, bem articulados a ponto de fazerem prevalecer seus interesses por meio de uma norma legal que impõe deveres e obrigações aos seus destinatários, os indivíduos que integram o conjunto social.

O direito ao meio ambiente, tem se mostrado essencial para uma boa qualidade de vida, e ainda para a subsistência dessa. Assim, se fez necessário o reconhecimento dele como bem jurídico.

Como já referido, o direito ao meio ambiente saudável e sustentável, encontra-se amparado pelos direitos humanos. Como já manifesto, segundo Dallari (2004), a expressão direitos humanos é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais de uma pessoa humana, são aqueles sem os quais a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. A vida é um direito fundamental, todavia, para sua preservação são necessárias demais garantias, entre elas alimentação, saúde, moradia, educação, direitos esses que dependem de um meio ambiente saudável e sustentável para a efetivação.

O meio ambiente encontra-se amparado pelos direitos de terceira dimensão, entre os direitos de solidariedade e os transindividuais. Essa dimensão surgiu no final da primeira metade do século XX, com a aprovação da “Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, num período pós guerra, documento esse redigido sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial (SILVA; PRADO, 2015).

Segundo Jean Pierre Leroy (2003), a violação ao meio ambiente sadio, desrespeita vários outros direitos humanos, não só econômicos, sociais e culturais, mas também civis e políticos. Conforme o mesmo autor, essa frustração reforça a ideia de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. A indivisibilidade corresponde a uma das características desses direitos. Essa característica, entre outras, foram atribuídas a eles na II Conferência Mundial de Direitos Humanos no ano de 1993 em Viena, na qual promulgou-se a Declaração de Viena, que reafirmou e consagrou o que já era determinado pela declaração de 1948 quanto a proteção dos direitos humanos.

A referida Declaração, é um dos documentos mais abrangentes adotados consensualmente pela comunidade internacional sobre o tema, servindo decisivamente para consolidar e difundir a importância de assuntos de interesse internacional, entre eles os direitos humanos. Ela ainda pôs fim a antigas disputas doutrinárias sobre os principais fundamentos dos referidos direitos, quando atribuiu a eles características próprias, características essas que os diferenciam dos demais direitos, e ajudam a defini-los e a reconhecê-los. (PINHEIRO, 2015).

A indivisibilidade dos direitos humanos

Nos propomos a analisar no presente trabalho, a característica da indivisibilidade dos direitos humanos, destacando quais são os direitos que se veem mais violados quando não observado o direito ao meio ambiente saudável e sustentável.

Segundo Pinheiro (2015, p. 5), “a universalidade dos direitos humanos residirá no seu conteúdo, isto é, normas gerais que se destinam a todas as pessoas como seres humanos quer sejam nacionais ou estrangeiros”. Pode-se contemplar a universalidade dos direitos humanos disposto no artigo 1º da Declaração de Viena: “A natureza universal de tais direitos e liberdades não admite dúvidas”. Dispõe ainda a Declaração, em seu artigo 5º, que as particularidades históricas, culturais e religiosas devem ser levadas em consideração, mas os Estados têm o dever de promover e proteger todos os direitos, independentemente dos respectivos sistemas. A indivisibilidade dos direitos humanos está relacionada com a compreensão integral desses direitos os quais não admitem fracionamentos. Conforme o mesmo autor,

Atualmente, o entendimento predominante é de que todos os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis, cabendo aos direitos civis e políticos importante papel na consecução do desenvolvimento. Se, por um lado, as condições estruturais têm reflexo óbvios na situação dos direitos econômicos e sociais, afetando também os direitos civis mais elementares; por outro lado, a ausência de níveis satisfatórios de desenvolvimento econômico social não é mais aceita como escusa para a inobservância de tais direitos. Assim como as deficiências econômicas deixaram de ser justificativas para as violações, também perdeu valor explicativo o relativismo cultural. Consequentemente, pode-se dizer que todos os direitos humanos, nacional e internacional, constituem um complexo integral, harmônico e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si. (PINHEIRO, 2015, p. 6).

Atualmente, o direito à vida é reconhecido universalmente como sendo um direito humano básico e fundamental, sendo que seu gozo é requisito indispensável para o exercício de todos os outros direitos humanos. Logo, faz-se necessário meios adequados de subsistência para uma vida com dignidade. Segundo Trindade (2015, p. 178), “o direito fundamental à vida, assim devidamente entendido, permite uma ilustração eloquente da indivisibilidade e da inter-relação de todos os direitos humanos”.

O direito fundamental à vida, em ampla visão, compreende o direito que todo ser humano tem de não ser privado de sua vida, que corresponde ao “direito à vida”, e o direito de se ter os meios necessários e adequados para a subsistência e um padrão de vida digno, que corresponde a “preservação da vida, direito de viver”. O primeiro pertence à área dos direitos civis e políticos, ao passo que o último, pertence a dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Há quem insiste em dizer que o direito à vida está estritamente relacionado à área do direito civil, apenas. Todavia, não tem como se negar que para a efetivação do direito à vida com um adequado padrão, é imprescindível o acesso a outros direitos, entre eles, o direito à saúde e assistência médica, o direito à alimentação e o direito à moradia, que encontram-se amparados no artigo 25 da Declaração Universal de 1948, vejamos:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Diante disso, é possível perceber, que o direito ao meio ambiente sadio é indispensável para a sobrevivência, e segue como extensão ao direito à vida, uma vez que para se ter saúde, bem estar, habitação adequada, inclusive acesso à água potável, é necessário um meio ambiente saudável. No sentido próprio, esse direito abrange não só a proteção contra qualquer privação da vida, mas também, o dever do Estado em assegurar meios de sobrevivência que possibilitem uma vida digna. Logo se vê a interdependência do direito ao meio ambiente com o principal direito inerente

ao ser humano. Nessa perspectiva, vejamos o que dispõe Trindade (2015, p. 181) acerca do assunto:

Em suma, o direito básico à vida, abrangendo o direito de viver, acarreta tanto obrigações negativas quanto positivas em favor da preservação da vida humana. Seu gozo é pré-requisito para o exercício dos outros direitos humanos. Ele pertence à esfera dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim ilustrando a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Estabelece um “elo” entre os domínios do ordenamento internacional dos direitos humanos e da legislação ambiental. É inerente a todos os indivíduos e a todos os povos, com especial aplicação às condições essenciais de sobrevivência. Tem, por extensão e corolário, o direito ao meio ambiente sadio e o direito à paz (e ao desarmamento). Em sentido amplo, está intimamente relacionado com o direito ao desenvolvimento como um direito humano (o direito de viver tendo satisfeitas as necessidades humanas básicas). E encontra-se, enfim, na origem da mais recente *ratio legis* do ordenamento internacional dos direitos humanos e do meio ambiente, voltado à proteção e à sobrevivência do ser humano e da humanidade.

Ainda sobre a indivisibilidade dos direitos humanos com o meio ambiente, destacamos uma reunião acontecida em 16 de maio de 1994, com um grupo de especialistas no assunto, no Escritório das Nações Unidas em Genebra. Nesse evento, redigiu-se a primeira minuta da Declaração de Princípios sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente. Essa minuta, é composta por um preâmbulo e cinco partes, com um total de 27 parágrafos. Ela aborda as conexões entre os direitos humanos e meio ambiente, evidenciando que os princípios de ambas as áreas comportam o direito de todos ao meio ambiente estável, sadio e ecologicamente equilibrado (TRINDADE, 2015).

A primeira parte da Declaração reconhece a relação de interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos e o meio ambiente equilibrado, entre outros direitos. Afirma ainda que o direito ao meio ambiente estável, sadio e ecologicamente equilibrado, e os demais direitos humanos (civis, culturais, econômicos, políticos e sociais) são universais, interdependentes e indivisíveis (parágrafo 2º e preâmbulo).

A segunda parte debruça-se sobre o fato, reconhecido também no preâmbulo, de que as violações dos direitos humanos levam à degradação ambiental e de que esta conduz a novas violações. A terceira parte enumera os direitos à informação, à educação, à expressão da opinião, à participação, à associação livre e pacífica e a

recursos e reparações eficazes no âmbito da confluência das duas áreas em foco. A quarta parte trata tanto do dever de cada indivíduo de proteger e preservar o meio ambiente quanto do dever de todos os Estados de respeitar e assegurar o direito ao meio ambiente estável, sadio e ecologicamente equilibrado e, por consequência, do dever de adotar as medidas administrativas, legislativas e outras necessárias à implementação efetiva dos direitos estabelecidos na minuta da Declaração (parágrafo 22). A quinta parte dedica atenção especial a pessoas e grupos vulneráveis (parágrafo 25). (TRINDADE, 2015).

Diante do exposto, verifica-se que os direitos humanos são indivisíveis, logo, por fazer parte desses direitos, o meio ambiente também é. Em função disso, a não observância de cuidados com o referido bem jurídico, acarreta violações a demais direitos fundamentais, como exemplo, o direito à vida.

CONCLUSÃO

No decorrer do trabalho, foi realizada uma abordagem acerca dos direitos humanos e meio ambiente enfatizando a característica da indivisibilidade dos direitos humanos. Demonstrou-se assim, que os direitos humanos, em razão da característica da indivisibilidade, são indivisíveis, o que significa dizer que a não garantia de um direito fundamental compromete a efetivação de forma satisfatória de todos os outros direitos fundamentais.

Logo, por fazer parte desses direitos, o meio ambiente também é indivisível, sendo que, em função disso, a não observância de cuidados com o mesmo acarreta em violações de demais direitos fundamentais. Entre eles, destacamos o direito à vida.

Hodiernamente, não se há mais dúvidas que a proteção ambiental está intimamente vinculada à questão dos direitos fundamentais. A preocupação com um meio ambiente saudável e sustentável busca proteger e garantir a efetivação de todos os direitos fundamentais da presente e também das futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- BEDIN, Gilmar Antônio. Os direitos do homem e seu desenvolvimento histórico: Reflexão sobre a trajetória da cidadania a partir do século XVIII. (Org.) **Direito em debate**. Ijuí: Unijuí. v. 1. 1995. p. 31 – 73.
- BELLINHO, Lilith Abrantes. **Uma evolução histórica dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/lilith-abrantes-bellino.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus. 2003. 217 p.
- BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.
- CARBONARI, Paulo Cesar. **A construção dos direitos humanos**. (Org.) *Revistas Eletrônicas Portas*. p. 5-14. Disponível em: <<http://www.acicate.com.br/portas/artigo1.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2015.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001. 488 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna. 2008. 112 p.
- LEROY, Jean Pierre. Direito humano ao meio ambiente. IN: RECH, Daniel; ROSA, Enéias da; SANTOS, Irene Maria; CASTRO, Júlia Esther; RODRIGUEZ, Maria Elena; CARBONARI, Paulo César (orgs.). **Direitos Humanos no Brasil 2: diagnóstico e perspectivas**. Rio de Janeiro: Ceris. 2003. p. 107 – 133.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 01 out. 2016.
- PINHEIRO, Flávio Maria Leite. **A teoria dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242739498174218181901.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2015.
- RABENHORST, Eduardo R. **O que são direitos humanos?** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/01_rabenhorst_oqs_dh.pdf>. Acesso em: 13 out. 2015.
- SCHONARDIE, Elenise Felzke. Proteção jurídica do ambiente e justiça ambiental. In: SCHONARDIE, Elenise Felzke (org.). **Ambiente e justiça ambiental**. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 11-36.

SILVA, Amanda de Oliveira. PRADO, Alessandro Martins. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://periodicos.uems.br/>>. Acesso em: 09 out. 2015.

TRINDADE, Damião de Lima Trindade. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/damiao_hist_social_dh.pdf>. Acesso em: 30 set.2015.

VIENA. **Declaração Universal de Viena, 1993**. Disponível em: <<https://www.oas.org>>. Acesso em: 20 out. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos**. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593>>. Acesso em: 10 out. 2016.

23

EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: COMO EFETIVAR OS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DA ACADEMIA

*Juliana Oliveira Santos
Kaoanne Wolf Krawczak*

Resumo: O presente artigo visa, através de uma revisão bibliográfica, apontar como se desenvolve a educação pautada através do PNHE no Brasil, bem como demonstrar a necessidade de uma formação pautada neste perfil. Conclui-se através do presente trabalho que apesar das dificuldades relacionadas à consolidação do direito à educação no Brasil, apenas através da sua efetiva implementação será possível o ideal de um país melhor e mais justo, onde os homens consigam aproximar-se do real estado do bem-estar social. **Palavras-chave:** Direitos Humanos; Plano Nacional da Educação; Educação em Direitos Humanos.

Abstract: The present article aims, through a bibliographical review, to show how the education based on PNHE in Brazil develops, as well as to demonstrate the need for a training based on this profile. It is concluded through the present work that despite the difficulties related to the consolidation of the right to education in Brazil, only through its effective implementation will the ideal of a better and fairer country be possible, where men can get closer to the real state of the Social well-being.

Keywords: Human rights; National Education Plan; Education in Human Rights.

INTRODUÇÃO

A educação trata-se de um direito-chave, ou seja, a sua negação é altamente perigosa para o princípio democrático da igualdade. O acesso à educação promove nos seres humanos a construção de um ideal, bem como de uma sociedade mais expressiva, principalmente no tocante aos Direitos Humanos, visto que se cria um perfil de pessoas mais tolerantes, favorecendo o desenvolvimento da personalidade humana, o respeito pelo ser humano independente de suas crenças, sua cor ou suas orientações sociais.

A educação na contemporaneidade, ou seja, na atual conjuntura capitalista e frente ao mundo globalizado em que se vive, enfrenta desafios no tocante à formação dos educandos. A busca pela formação de indivíduos preocupados com as questões democráticas, além de ser uma grande luta para a educação atual, através da criação de espaços públicos democráticos e a potencialização da voz dos oprimidos, torna-se vital para que os direitos humanos possam ser promovidos em sua plenitude.

Neste ponto, acolher o aluno como um ser que aprende no sentido de se tornar cada vez mais cidadão político e com direitos, obriga a educação a se tornar conforme destaca Estêvão (p. 63, 2015) “num direito desenvolvido na lógica de uma, cada vez maior “cidadanização” crítica, orientada pelo guião emancipatório dos direitos humanos, em que, por exemplo, a dialética do direito à igualdade e o direito à diferença articulem-se adequadamente”.

No Brasil, a educação em Direitos Humanos é uma urgência, para que através disso, seja possível uma formação mais humana dos indivíduos, bem como esta seja possibilitadora de um fortalecimento dos regimes políticos democráticos na sociedade brasileira. Desse modo, além de ser responsável por inserir o aluno como cidadão na sociedade, a educação se renova quando compreende que o educando é um cidadão com direitos, como explica Estêvão (2015, p. 62) “diante do outro enquanto detentor de direitos seja ele próximo ou distante, nacional ou apátrida, branco ou negro, homem ou mulher, homo ou heterossexual”. Ou seja, aquele que aprende passa a ser entendido como um cidadão que além de ser respeitado, através da educação desenvolve seus direitos na prática.

Por meio da educação voltada para os Direitos Humanos, as pessoas podem se tornar sujeitos de direitos, ou seja, indivíduos que sentem empoderados e conhecedores de seus direitos, além de conhecer os processos e construções históricas das conquistas, avanços e recuos em relação à efetividade e ampliação dos seus direitos e deveres.

Em termos de normas, o Brasil teve avanços na área da educação, principalmente com a Carta Magna de 1988, marco destes avanços, além de outros documentos que contribuíram para estabelecer políticas públicas de direitos humanos e de educação em direitos humanos no país. Destaca-se, neste trabalho, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), criado no ano de 2003, o qual configura uma proposta de educação a nível nacional, pautada em considerações acerca dos direitos humanos.

O direito à educação ou direito à instrução, como é mais conhecido, assim como o direito à assistência social, é um direito que foi garantido, conforme Bedin (2002, p. 71), “ainda no decorrer do século XVIII. A Declaração Francesa de direitos de 1773 foi o primeiro instrumento legal a prescrever o presente direito, em seu artigo XXII, ao firmar que a instrução é uma necessidade de todos”. Além disso, para o mesmo autor, “a sociedade deve favorecer com todo o seu poder o progresso da inteligência pública e colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos”.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, criado em 2003²⁹⁰, bem como o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos, do ano de 2005, orientam os sistemas de ensino da educação básica para que implementem políticas educacionais que incorporem conteúdos e práticas em direitos humanos.

Neste sentido o presente trabalho visa analisar através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, como está sendo desenvolvida a Educação Regular no Brasil, e se a forma utilizada está preconizando a Educação voltada para os Direitos Humanos, visto que só é possível a criação de uma sociedade mais justa e melhor na medida em que se formam indivíduos críticos, e principalmente conhecedores de seu papel na sociedade com direitos e responsáveis por uma série de deveres.

²⁹⁰ Em 2003 foi lançada a primeira versão do Plano, e no ano de 2006, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos foi divulgado em sua segunda versão.

O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

A educação como direito humano é considerada um direito social integrante da denominada segunda geração de direitos, formulados e afirmados a partir do século XIX. E apesar de muitos destacarem a importância do direito à educação, há poucas reflexões que aprofundam o conteúdo deste direito num ponto de vista amplo, sem reduzi-lo à escolarização como abordam a maioria dos textos. (CANDAU, 2012)

Para Haddad (2004, p. 1), na introdução do Relatório sobre o Direito à Educação, realizado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais:

Conceber a Educação como Direito Humano diz respeito a considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer “ser mais”, diferentemente dos outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo. Para tanto, utiliza-se do seu trabalho, transforma a natureza, convive em sociedade. Ao exercitar sua vocação, o ser humano faz História, muda o mundo, por estar presente no mundo de uma maneira permanente e ativa.

Nas sociedades modernas, os sistemas escolares são parte do processo educativo em que aprendizagens básicas são desenvolvidas e os conhecimentos essenciais são transmitidos, além das normas, comportamentos e habilidades ensinados e aprendidos, destacando o conhecimento como condição para sobrevivência e bem-estar social. (HADDAD, 2004)

Como destaca Candau (2012), é possível afirmar que nas últimas décadas no Brasil o desenvolvimento do direito à educação ocorre em processo acelerado e pode ser caracterizado por duas ênfases: a expansão da escolarização e a afirmação da construção de uma educação escolar comum a todos, tendo em vista a afirmação da igualdade.

Quanto à primeira característica, o direito à educação escolar, num primeiro momento a ênfase foi posta na ampliação dos anos de obrigatoriedade escolar, na perspectiva da universalização do ensino fundamental, além de implementar políticas de ampliação do acesso à educação em todos os níveis. Mas, a expansão do sistema e a presença dos diversos grupos sociais e culturais que passaram a frequen-

tá-lo colocaram em evidência a heterogeneidade dos resultados, os altos índices de evasão e fracasso escolar, colocando no centro dos debates e das preocupações a questão da qualidade da educação. (CANDAU, 2012)

Diante disso, destaca-se que, apesar de haver um consenso quanto aos avanços ocorridos na educação, existem diferentes interpretações e indicações quanto a conceitos e políticas com relação ao tipo de sociedade e cidadania que se quer construir.

POR QUE EDUCAR EM DIREITOS HUMANOS?

O ser humano possui valores e são esses valores que os fazem, de fato, seres humanos. Na educação escolar os valores se tornam ainda mais amplos, pois no relacionamento professor-aluno, além das palavras, as atitudes transmitem esses valores.

A efetiva proteção dos direitos humanos, conforme Piovesan (2006, p. 24), “demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão”. Diante disso, implementar os direitos humanos, para a autora, “requer a universalidade e indivisibilidade desses direitos, acrescidos do valor da diversidade [...]. Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença”.

Segundo Candau (2012), atualmente a problemática dos direitos humanos se situa a partir do debate entre igualdade e diferença, superando as desigualdades e, ao mesmo tempo, valorizando a diversidade, promovendo redistribuição e reconhecimento. E este desafio atravessa as questões relacionadas ao direito à educação e à educação em direitos humanos.

Importante acrescentar o entendimento de Freire (1994, p. 44) sobre a importância da educação na humanização dos indivíduos. Segundo ele:

A existência, porque humana, não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir, humanamente, é pronunciar o mundo, é modificá-lo. O mundo pronunciado, por sua vez, se volta problematizado aos sujeitos pronunciantes, a exigir deles novo pronunciar. Não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, mesmo com valores ético-políticos que norteiam a convivência humana na diversidade, esta convivência ainda não é realidade para a grande parte da humanidade, bem como não foram durante toda a história desta Declaração, pois sempre havia algum grupo, ou muitos, sendo cerceados destes direitos e privados de muitos valores. A luta pela igualdade entre seres humanos é histórica, e nesse contexto histórico surge a Educação em Direitos Humanos, no início dos anos 80, juntamente com as lutas de resistência aos regimes ditatoriais na América Latina, privilegiando e defendendo a democracia, liberdade e cidadania, diversidade, entre outros direitos.

Com o fenômeno conhecido como globalização, as diversas culturas e desigualdades tornaram-se explícitas e as pessoas começaram a se conhecer e reconhecer no outro, assim se colocou a necessidade de uma consciência e uma visão para a Educação na Diversidade.

Conforme Freire (2002, p. 34) associar a disciplina cujo conteúdo se ensina é essencial, como também discutir com os alunos a realidade concreta, ou seja, a “realidade agressiva em que a violência é constante e a convivência das pessoas é muito maior com a morte do que com a vida”. Além disso, pode ser estabelecida uma “necessária ‘intimidade’ entre os saberes curriculares fundamentais aos alunos e a experiência social que eles têm como indivíduos”.

A Educação voltada para os Direitos Humanos ressalta a cooperação e o diálogo em busca de uma felicidade coletiva, sendo que para isto é necessária uma visão abrangente que envolva toda comunidade escolar. Assim, para que seja possível o trabalho de Educação em Direitos Humanos faz-se necessário desenvolver três valores essenciais, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a solidariedade. Já nos primeiros anos da vida escolar, é essencial trabalhar os valores citados para que a criança aceite a diversidade entre os seres humanos. Para Freire (1994, p. 48), a educação autêntica “não se faz de “A” para “B” ou de “A” sobre “B”, mas de “A” com “B”, mediatizados pelo mundo.

Nesse sentido, Estêvão (2015, p. 88) assegura que a educação e a formação, baseadas nos princípios da igualdade, da dignidade humana, da inclusão e da não discriminação, “deviam contribuir para a erradicação de todas as formas de discriminação, racismo e estereótipos ou incitamento ao ódio e a atitudes e preconceitos nocivos”. O mesmo autor ressalta que uma educação voltada para os direitos humanos tem a ver com “o empoderamento dos atores envolvidos de modo a contribuí-

rem para a construção e promoção de uma cultura universal de direitos humanos”. (ESTÊVÃO, 2015, p. 88)

PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Com base no papel da educação para o aprofundamento, conscientização e divulgação dos direitos humanos, necessário se faz reconhecer o fato de que sem a educação, muitos dos direitos humanos “não são passíveis de concretização, tornando-se imprescindível entre outros aspectos, aprofundar a concepção educacional dos direitos humanos”. (WARAT, 2004, p. 74)

No entendimento de Estêvão (2015, p.87), existe um consenso global crescente quanto à educação como um direito humano, a partir da ideia de que a inclusão dos direitos humanos na educação é um elemento fundamental para a educação de qualidade. Assim, a “EDH deve incluir iniciativas de formação, disseminação e informação, destinadas a criar uma cultura universal de direitos humanos, partilhando conhecimentos e competências e moldando atitudes”.

Segundo Estêvão (2015), o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH), dispõe acerca da ideia de que a educação deve ser compreendida como um processo sistêmico e multidimensional formando sujeitos de direitos, através de valores.

Entre os valores acima mencionados, destacam-se:

- a) Apreensão de conhecimento historicamente construídos sobre direitos humanos e a sua relação com os diversos contextos, sejam eles internacionais, nacionais, ou locais;
- b) Afirmção de valores, atitudes e práticas sociais que expressem uma cultura dos direitos humanos em todos os espaços da sociedade;
- c) Formação de uma consciência cidadão presente nos níveis cognitivo, social, ético e político;
- d) Desenvolvimento de processos metodológicos participativos e de construção coletiva, utilizando linguagens e materiais didáticos contextualizados;
- e) Fortalecimento de práticas individuais e sociais que gerem ações e instrumentos a favor da promoção e da defesa dos direitos humanos, bem como da reparação das violações (ESTÊVÃO, 2015, p.84).

Quando se verifica a educação como instrumento fundamental para o desenvolvimento dos indivíduos enquanto seres humanos, pode-se conferir a ela o caráter de direito humano justamente por ser componente integrativo da dignidade humana, contribuindo para sua efetivação. Assim, sob este pressuposto, pode-se conceber a educação como uma condição básica para que os cidadãos possam operar plenamente enquanto seres humanos no contexto das sociedades modernas.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, como todas as ações na área de direitos humanos, é resultado de uma união dos três poderes da República, especialmente o Poder Executivo (governos federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal) dos organismos internacionais, instituições de educação superior e a sociedade civil organizada. (BRASIL, 2009)

O PNEDH também destaca que o Estado brasileiro tem como princípio a afirmação dos direitos humanos como universais, indivisíveis, e interdependentes e para sua efetivação todas as políticas públicas devem considerá-los, tendo em vista a construção de uma sociedade baseada na promoção da igualdade de oportunidades e da equidade, no respeito à diversidade e na consolidação de uma cultura democrática e cidadã. (BRASIL, 2009)

Nesse sentido, é preciso compreender que a noção de educação, como postulada pelos entusiastas da Declaração Universal dos Direitos Humanos, não é imparcial com relação a valores. A educação, no seu sentido instrumental mais amplo, constitui um direito com tripla acepção: social, uma vez que promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana no contexto de uma sociedade; econômico, uma vez que possibilita certa suficiência econômica por meio da oportunidade de adentrar o mercado de trabalho; e cultural, uma vez que, segundo as recomendações da comunidade internacional, a educação deve ser orientada para a construção de uma cultura universal de direitos humanos.

Diante disso, é importante mencionar o que dispõe os artigos 26 e 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo 26:

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Artigo 29:

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.

2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

A educação em direitos humanos se encaixa como um instrumento para a promoção da dignidade humana, por meio desse pleno desenvolvimento, cuja eficácia é garantida somente quando a educação voltada para a dignidade apreende todo o conjunto de direitos humanos.

De acordo com Freire (2002, p. 46), uma das tarefas mais importantes da prática educativo-crítica é possibilitar aos educandos condições para vivenciarem entre si e com o professor ou professora uma experiência profunda. “Assumir-se como ser social e histórico, como ser pensante, comunicante, transformador, criador, realizador de sonhos, capaz de ter raiva porque capaz de amar”. Isto é, ao se assumir como sujeito o educando é capaz de reconhecer-se também como objeto.

Diante do exposto, há de se ressaltar que a escola é o local privilegiado, para a construção, consolidação e afirmação da cultura dos direitos humanos, sendo preciso que esta prática esteja visível no currículo, bem como na formação dos profissionais da educação. Assim, importante se faz, acrescentar a ideia de Paulo Freire (2002), que menciona ser preciso refletir de forma crítica a prática na formação permanente dos professores, já que é pensando criticamente a prática de hoje ou de ontem que se pode melhorar a prática futura. Segundo Freire (2002, p.44) “O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se

confunda com a prática. O seu ‘distanciamento’ epistemológico da prática enquanto objeto de sua análise, deve dela ‘aproximá-lo’ ao máximo”.

No que diz respeito à interrelação entre direito à educação e educação em direitos humanos, as reflexões sobre estes campos ocorreram de modo independente. Contudo de forma progressiva se aproximaram sendo assumido o ponto de vista que considera a educação em direitos humanos como um componente do direito à educação e elemento fundamental da qualidade que deve ser promovida. (CANDAUAU, 2012)

Para o mesmo autor, é preciso construir uma educação comprometida com a formação de sujeitos de direito e a afirmação da democracia, da justiça e do reconhecimento da diversidade na sociedade brasileira. Assim, a construção de uma cultura dos direitos humanos em diferentes âmbitos da sociedade constitui sua principal base: no plano teórico esta articulação foi conquistada, mas ainda há muito a realizar quanto às políticas públicas, à formação de educadores e às práticas pedagógicas.

O movimento da sociedade civil nos últimos anos vem produzindo e constituindo novos direitos, na defesa e no respeito às diferenças e pela superação das desigualdades. “Ao estudar e trabalhar do ponto de vista educacional, dos seus indicadores, as desigualdades estão claramente marcadas, no tratamento desigual destinado às faixas etárias, nas questões de gênero, de etnia e raça, nos grupos vulneráveis, o rural, o urbano”. (HADDAD; GRACIANO, 2006, p. 5)

O desenvolvimento deste processo torna cada vez mais urgente a promoção de processos de educação voltados para os direitos humanos que colaborem na construção de uma cultura de direitos humanos na sociedade como um todo e, particularmente, nos processos educativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise realizada com este artigo, é possível compreender que uma educação orientada para os direitos humanos é capaz de alargar as próprias visões de participação social dos seus atores. Nesse sentido, o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 encontra-se muito atual, uma vez que de

fato, a educação deve visar o desenvolvimento da personalidade humana, reforçando o respeito pelos direitos humanos, pela liberdade, incentivando a compreensão entre os indivíduos, visando à amizade entre as nações independentemente de suas crenças e buscando o alcance da paz.

É possível compreender que, para uma educação voltada para os direitos humanos, é necessário reforçar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, bem como incentivar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e da sua dignidade, promovendo a igualdade entre sexos e a amizade entre os povos como já fora mencionado, através da criação de condições de participação de todos na construção de uma sociedade livre, sendo possível a criação de uma cultura de paz entre todos os cidadãos.

Portanto, a educação para os direitos humanos deve proporcionar aos educandos uma possibilidade de liberdade, através de uma pedagogia que leve os indivíduos a se tornarem conscientes das condições e do seu papel social, ou seja, indivíduos conhecedores do contexto em que vivem. E, apesar dessa conclusão parecer utópica, entende-se que as utopias movem, e significam a possibilidade de sonhar com um mundo melhor. A luta pela educação em um mundo globalizado não pode ter sucesso a não ser que esteja associada com as lutas pela democracia

REFERÊNCIAS

- BEDIN, Gilmar Antonio. **Os Direitos do Homem e o Neoliberalismo**. 3. ed. Ijuí-RS: Unijuí, 2002.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CP n. 1, de 30 de maio de 2012**. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Diário Oficial da União: Brasília, 30 maio 2012. Seção 1, p. 48.
- _____. Ministério da Educação. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, Ministério da Educação, 2003. 52 p. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&category_slug=dezembro-2009-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 10 de junho de 2016.
- CANDAUAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educação e Sociedade**, Campinas, vol.33, no. 120, July/Sept. 2012, p. 715-726.

CANDAUI, V.M.F.; SACAVINO, S. Educação em direitos humanos: concepções e metodologias. In: FERREIRA, L.F.G.; ZENAIDE, M.N.T.; DIAS, A.A. (Org.). **Direitos humanos na educação superior**: subsídios para a educação em direitos humanos na Pedagogia. João Pessoa: UFPB, 2010. P. 113-138.

ESTÊVÃO, Carlos Villar. **Direitos Humanos, Justiça e Educação**. Uma análise crítica das suas relações complexas em tempos anormais. Editora Unijuí, Ijuí-RS, 2015.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 11. ed. 23. Reimpressão. São Paulo-SP: Paz e Terra, 1994.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia. Saberes necessários à prática educativa**. 23. ed. São Paulo-SP: Paz e Terra, 2002.

HADDAD, S. **O direito à educação no Brasil**; Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004.

PIOVESAN, F. Conceção contemporânea de direitos humanos. In: HADDAD, S.; GRACIANO, M. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006. P. 11-42.

WARAT, Luis Alberto. Direitos Humanos: subjetividade e práticas pedagógicas. In: SOUZA JR., J.G de et al. (Orgs.). **Educando para os direitos humanos**. Pautas Pedagógicas para a cidadania na universidade. Porto Alegre: Síntese, 2004. P.71-75.

24

DIMENSÕES PREVENTIVA E PROMOCIONAL: CONFIGURAÇÕES PARA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE²⁹¹

Carolina Andrade Barriquello²⁹²
Janaína Machado Sturza²⁹³

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo identificar as possibilidades de acesso à saúde, universal e igualmente mediante fortalecimento das políticas de prevenção e promoção como formas mais eficazes de garantia desse direito. Tem como problema de pesquisa estudar as possibilidades de resolução do acesso à saúde pública no Brasil e, qual pode ser a contribuição da Prevenção e da Promoção na efetivação da saúde enquanto Direito Fundamental. A pesquisa é desenvolvida mediante o emprego do método de investigação hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Percebe-se, então, a necessidade destas dimensões para garantia do acesso efetivo à saúde.

²⁹¹ Pesquisa desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI (Mestrado em Direitos Humanos);

²⁹² Mestranda em Direitos Humanos e Bolsista UNIJUI do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI; Graduada em Direito pela UNIJUI. Advogada. E-mail: carolina_barriquello@hotmail.com;

²⁹³ Doutora em Direito (Univerisità Roma Tre), Mestre em Direito (UNISC) e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas (UNISC). Professora na graduação em Direito e no Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUI, Professora na graduação em Direito da Faculdade Dom Alberto. Advogada. E-mail: janaina.sturza@unijui.edu.br.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito à Saúde; Saúde Pública; Prevenção de Doenças; Promoção da Saúde.

Abstract: The objective of this study is to identify the possibilities of universal and equal access to health by strengthening prevention and promotion policies as the most effective means of guaranteeing this right. It has as a research problem to study the possibilities of resolving access to public health in Brazil and, what can be the contribution of Prevention and Promotion in the implementation of health as a Fundamental Law. The research is developed using the hypothetical-deductive research method and the bibliographical and documentary research technique. The need for these dimensions is therefore perceived to guarantee effective access to health.

Keywords: Human rights; Right to health; Public health; Prevention of diseases; Health promotion.

INTRODUÇÃO

A saúde pública no Brasil vem sendo tema de grandes debates devido às dificuldades enfrentadas por parte do Poder Público para sua efetivação, pois há a alegação da escassez de recursos financeiros para atendimento da crescente demanda de produtos e serviços de saúde pela sociedade. É a partir daí que sugere-se a discussão das dimensões preventiva e promocional de saúde, com o intuito de auxiliar na facilitação do máximo atendimento ao maior número de cidadãos.

O estudo das dimensões preventiva e promocional prevê a atuação do Estado no atendimento primário da saúde, garantindo aos indivíduos uma qualidade de vida digna. A própria Constituição Federal brasileira de 1988 já prevê em seu texto que o Estado deve garantir a saúde pública através de políticas públicas, trazendo, ainda, a previsão das formas preventiva e promocional, além da curativa que propõe a recuperação da saúde. Além disso, estas dimensões propõem que os próprios cidadãos possam ter a noção de cuidar de sua saúde de forma a prevenir gravames

futuros. Contudo, para que isso ocorra, novamente entra o papel do Estado de propor ações para educação e informação da população nesse sentido.

Portanto, com base nisso é que se pretendeu desenvolver o presente artigo, com o escopo de mostrar que a atenção à saúde pode ser ofertada antes do adoecimento, como forma de impedir sua ocorrência, o que facilita que se possa garantir direitos ao maior número de pessoas. Nesse sentido, é evidente, inclusive, que em algum momento esse desempenho se tornará menos custoso ao Poder Público, além de ser mais fácil e eficaz essa atuação prévia, deixando para a atenção curativa em saúde apenas os casos que não poderiam ser evitados com a atuação prévia, ou que mesmo com ela, não foi possível resolver o problema.

Ademais, é cabível mencionar que o próprio conceito de saúde pretende atingir o bem-estar físico, mental e social do cidadão, além da mera ausência de doenças. Esse conceito de bem-estar é previsto pela Organização Mundial de Saúde, que traz, também, a ideia de qualidade de vida como fundamento básico para a vida digna. Estes conceitos de saúde, contudo, apenas podem ser atingidos, se e quando houver o adequado acesso à saúde a toda a população.

DIREITO À SAÚDE

A saúde, propriamente dita, costuma ser tratada como a ausência de doenças, contudo o tema abarca um conjunto muito maior de fatores. A busca pela saúde remonta aos primórdios da humanidade, atingindo uma dimensão de preocupação por parte dos seres, exteriorizada pelo medo da morte. Refere Cury (2005, p. 30-31) que “A primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história foi a construção de sistemas de suprimento e drenagem de água no antigo Egito, na Índia, na civilização creta-micênica, em Tróia e na sociedade inca.” Já o primeiro entendimento de saúde, segundo Schwartz advém dos gregos, pela máxima *Mens Sana In Corpore Sano*, que significa o equilíbrio do corpo e da mente do ser.

Porém, “Apesar de a criação de mecanismos voltados para a manutenção da saúde pública datar do início dos séculos, a saúde pública moderna somente veio a existir durante a Revolução Industrial do século XIX, na Europa.” (CURY, 2005, p. 35), momento em que reforçou-se “a preocupação no trato científico da questão

sanitária, sendo que em 1851, doze países assinaram a Primeira Conferência Internacional Sanitária.” (SCHWARTZ, 2001, p. 34), e em 1864, foi criada a Cruz Vermelha Internacional.

A partir desse momento e com o início do Welfare State (Estado de Bem-estar Social ou Estado-Providência), o Estado passou a preocupar-se expressivamente com a proteção da saúde, e como instrumento do empresariado, passou a assumir a função de garante da saúde pública. “No século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo [...] estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população”. (FIGUEIREDO, 2007, p. 79-80) Nessa direção, nasceu, com o capitalismo, uma noção social de saúde.

Compreende-se, portanto, que a preocupação e o senso de responsabilidade no que tange ao direito à saúde pública, existem desde as antigas civilizações, dando início a políticas comunitárias de saúde, o que trouxe melhorias, no decorrer da história da humanidade. Nesse ínterim, mister destacar que “o conceito de saúde perpassou por várias hipóteses, basicamente a tese “curativa” (cura das doenças) e a “tese preventiva” (mediante serviços básicos de atividade sanitária). Em verdade, ambas as teses têm como base a visão de que a saúde é a ausência de doenças (uma visão organicista)”. (SCHWARTZ, 2001, p. 35). Diante disso, o direito à saúde é visto como o direito da pessoa de ter a saúde garantida pelo Estado, e não só pelo viés de curar as doenças, como também de assegurar meios para prevenção de doenças.

Após a percepção do dever estatal de intervenção no direito à saúde da população, esta passou a ser objeto de inúmeras convenções internacionais na Europa e outras tantas na América. Foi a partir daí que surgiu o que se conhece hoje por Organização Mundial da Saúde (OMS ou WHO). Foi justamente a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946 que designou o primeiro conceito de saúde, como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. A partir daí, criou-se a noção de que além de curar os doentes, deveria haver cuidado com todos os seres humanos, a fim de evitar o adoecimento e, ainda, de manter o equilíbrio do homem, entre seu corpo e sua mente.

No texto da Constituição da OMS “a responsabilidade governamental pela saúde pública é explicitamente reconhecida e o direito à saúde é expressamente mencionado. A saúde é considerada o fator essencial na realização dos direitos fundamentais e até mesmo para se alcançar a segurança individual e dos Estados.”

(CURY, 2005, p. 44). Nesse sentido, e tendo por base o conceito de saúde estabelecido pela OMS, Duarte (apud SCHWARTZ, 2001, p. 40) aduz que a saúde remete à ideia de “qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer”. Nesse sentido, Schwartz (2001, p. 39-40) assevera que como a saúde, “meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade”, a qualidade de vida também é um processo sistêmico²⁹⁴, sendo que “o conceito de saúde age diretamente sobre o conceito de qualidade de vida”. Sendo assim, a saúde pode ser conceituada como:

[...] um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar. (SCHWARTZ, 2001, p. 43).

A partir da noção de saúde expressa pela OMS é que o ordenamento jurídico brasileiro, através da Constituição da República Federativa de 1988, com notório atraso em relação às ordenações mundiais, mencionou este direito de forma direta e específica em seu texto. Nesse momento, o direito à saúde foi alocado como primeira garantia fundamental social da Carta Magna de 1988, prevista em seu artigo 6º e em seus artigos 196 a 200. Vale aqui mencionar o texto constitucional do artigo 196 que aduz que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Diante disso, para fins de tratar a assistência de saúde, com a plena efetivação para todos os cidadãos, é preciso versar, primariamente, sobre a saúde, como esta

²⁹⁴ Esse processo sistêmico advém da teoria sistêmica apresentada por Niklas Luhmann, um método de observação social que funda-se na ideia de que a organização de um sistema é autorreferencial e autorreprodutiva. Através dos estudos de Luhmann, entende-se o direito, em seu viés autopoético, como uma ciência que se cria ou recria com base nos seus próprios elementos. Sua autorreferência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito), permitindo a construção de um sistema jurídico dinâmico e adequado a sociedade atual.

costuma ser tratada, ou seja, como a ausência de doenças e, um direito de todos, garantido constitucionalmente como proteção do direito à vida, bem como os direitos fundamentais coletivos e os econômicos sociais. Portanto, a saúde, aqui, é vista e estudada enquanto “qualidade de vida”, garantida principalmente através da promoção e prevenção de doenças, sendo, a cura, utilizada para os casos em que as duas anteriores não foram suficientes para garantir a plena qualidade de vida ao cidadão. Todas essas dimensões são garantidas por um sistema que age em prol da sociedade e do cidadão.

DIMENSÕES PREVENTIVA E PROMOCIONAL

No sentido do exposto anteriormente, é possível trazer o texto do item 1 do artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que trata das necessidades dos cidadãos que devem ser garantidas, a fim de lhes garantir um padrão mínimo de qualidade de vida, que lhes permita viver com dignidade. O texto expressa que

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Com o intuito de garantir a qualidade de vida é que surgem os conceitos de prevenção de doenças e promoção da saúde, temas que devem ser amplamente tratados na atualidade, por serem as melhores formas de solução dos problemas da saúde pública, e por estarem diretamente ligados “ao modo como entendemos os fatores que contribuem para a produção de saúde e de doença.” (CAMPOS et al., 2005, p. 12). Segundo os mesmos autores,

Promover saúde, então, significa estimular a **participação social**, desenvolver **ação intersetorial**, expandir **capacidades humanas**, criar **ambientes saudáveis** que favoreçam a saúde, formular **políticas públicas** que melhorem as condições de vida de pessoas e grupos populacionais e re-orientar o **modo**

de se organizar os serviços de saúde. (CAMPOS et al., 2005, p.13, grifos do autor)

Sobre esse assunto, o Relatório Mundial da Saúde (2010, p. xi) aduz que

A promoção e proteção da saúde são essenciais para o bem-estar do homem e para o desenvolvimento econômico e social sustentável. Isto foi reconhecido há mais de 30 anos pelos signatários da Declaração de Alma-Ata, que assinalaram que a Saúde para todos contribuiria tanto para melhor qualidade de vida como também para a paz e segurança globais.”

A Declaração de Alma Ata, ratificada em 1978, durante a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, organizada pela Organização Mundial de Saúde, estabeleceu que todos os governos, trabalhadores do setor da saúde e desenvolvimento e a comunidade mundial, deveriam propor uma ação urgente para promover a saúde de todos os povos, além de afirmar um alto nível de saúde como a meta social mundial mais importante, que requer a ação conjunta de diversos outros setores sociais e econômicos. Essa declaração representou um marco significativo na busca da promoção da saúde. (STURZA; MARTINI, 2016)

Nesta Declaração foi reafirmado enfaticamente que a saúde enquanto estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade, é um direito humano fundamental e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além, é claro, do setor da saúde. (STURZA; MARTINI, 2016, p. 32)

Nesse sentido, restou evidente que “a promoção e proteção da saúde eram também essenciais para o desenvolvimento econômico e social sustentável, contribuindo para uma melhor qualidade de vida, segurança social e paz”. (RELATÓRIO, 2010, p. 14) A Declaração, que tinha como propósito primordial a garantia da atenção primária em saúde, afirmou, ainda, de acordo com Globekner (2011, p. 47), o direito dos cidadãos de ter saúde, mas também, de ter acesso aos cuidados em saúde, sendo estes responsabilidade dos governos

Contudo, sabe-se que inúmeros são os fatores que dificultam a plena eficiência do Estado em garantir o acesso à saúde para todos. Um destes fatores que deve ser considerado é a educação para a saúde, pois “até mesmo as incorreções do sistema educacional brasileiro contribuem para a não efetivação do direito à saúde no Brasil, de vez que a prevenção sanitária tem como fundamento básico campanhas de esclarecimento, não importando em qual local sejam feitas”. (SCHWARTZ, 2001, p. 152) Este problema é verificado diariamente no sistema atual, ao observar-se a falta de conhecimento em diversos temas da saúde, principalmente por parte da população mais pobre.

Nesse sentido é que entra a questão da prevenção e da promoção, pois é importante um trabalho efetivo com a população para a conscientização de que a saúde preventiva é mais efetiva que a saúde curativa, garantindo maior qualidade de vida. Além disso, é necessária a educação para o consumo de alimentos mais saudáveis e para a prática de atividades físicas e melhor sanitização e higiene pessoal e do ambiente em que vive. Com a reeducação da população, é evidente a redução significativa dos gastos.

Insta salientar, neste íterim, que o problema do saneamento básico e desconhecimento do correto manejo de resíduos, bem como a falta de orientações nutricionais e de formas de promoção da saúde, acarretam o aparecimento e agravamento de moléstias que posteriormente deverão ser tratadas pelo Sistema de Saúde. O fato é que a ausência de procedimentos efetivos de promoção da saúde e prevenção de doenças ocasiona um grave “inchaço” do Sistema Único de Saúde, e prejudica que os indivíduos tenham seu direito garantido, bem como a garantia para gerações futuras.

Dessa forma, pode-se “dizer que promover saúde é lidar com **causas**, prevenir doenças é atuar sobre **riscos**, e assistir pessoas é limitar **danos** e evitar mortes prematuras.” (CAMPOS et al., 2005, p. 12, grifos do autor), sendo que, segundo o Relatório Mundial da Saúde

As intervenções de prevenção e promoção podem ter um rácio de custo-efectividade favorável e reduzir a necessidade de tratamentos subsequentes. Contudo, de um modo geral, existe muito maior pressão sobre os políticos para assegurarem o acesso ao tratamento, e muitos sistemas de financiamento concentram-se maioritariamente no seu pagamento, do que a formas de prevenção e promoção de base populacional. Para além disso, os próprios

indivíduos geralmente desvalorizam a prevenção. Isto significa que, por vezes, e necessário que os governos financiem as actividades de prevenção e promoção de base populacional, de modo separado dos serviços de atenção pessoal, predominantemente de tratamento e de reabilitação. (RELATÓRIO, 2010, p. 99, grifo do autor)

Ainda, sob as perspectivas preventiva e promocional, o direito à saúde deve ser visto e assegurado de forma coletiva, não sendo mais viável permanecer na garantia individual por tratar-se de um Direito Social. Dessa forma, apesar de os indivíduos possuírem de fato um direito à saúde, sua realização apenas torna-se possível se pensada coletivamente. Os Direitos Sociais, portanto, não devem seguir um padrão individualista na realização de suas questões. Sendo assim, conforme Sarlet e Figueiredo (2008, p.10),

[...] a caracterização do direito à saúde como um direito coletivo, ou mesmo como um interesse difuso em certas hipóteses, não lhe serve para afastar a titularidade individual que apresenta, visto que, a despeito das questões ligadas à saúde pública e coletiva, jamais perderá o cunho individual que o liga à proteção individual da vida, da integridade física e corporal pessoal, assim cômoda dignidade da pessoa humana individualmente considerada em suas particularidades, até mesmo em termos de garantia das condições que constituam o mínimo existencial de cada um. Dessa forma, em que pese ser possível (e até desejável!) priorizar uma tutela processual coletiva no campo da efetivação do direito à saúde, isso não significa que ao direito à saúde possa ser negada a condição de direito de titularidade individual.

Resta evidente, portanto, que a atuação dos Estados através das dimensões de Prevenção de Doenças e Promoção da Saúde facilitam a garantia do mínimo existencial ao maior número de indivíduos. Diante disso, a organização de programas de combate a epidemias, a implementação de Políticas Públicas, controle sanitário, educação para a saúde, entre outros instrumentos de garantia ao atendimento às necessidades básicas das pessoas tem o viés de promover a inclusão de todos e possibilitar que participem politicamente das decisões do Estado. Ademais, a Prevenção e a Promoção tendem a evitar a judicialização da saúde, por atender as necessidades dos cidadãos primariamente, além de garantir o acesso ao maior número de indivíduos.

ACESSO À SAÚDE PÚBLICA

Como sabe-se, é direito do cidadão ter acesso à saúde e dever do Estado de prestá-la. Portanto, com o objetivo de garantir o acesso efetivo à saúde pública de qualidade, como é dever do Estado promover, é que existe a necessidade de criação de políticas públicas, para acesso dos cidadãos às ações e serviços de saúde, como forma de atingir sua promoção, proteção e recuperação. Isto ocorre pois é através da interferência das políticas públicas de saúde, por exemplo, que garante-se a qualidade de vida, a dignidade e, dessa forma, uma autêntica cidadania, com condições básicas de vida, a fim de possibilitar a participação política dos cidadãos nas decisões do poder público, com o intuito de ver seus direitos garantidos.

Segundo Petersen (2014, p. 37), “O direito social a saúde foi o resultado de lutas e conquistas políticas da sociedade ao longo do tempo, em razão da latente falta de acesso aos meios de promoção deste cuidado básico, pressuposto do exercício da liberdade.”. Agora, pois, com sua inclusão expressa no rol dos direitos sociais pode ser exigido de forma concreta e com aplicação imediata.

Em face disso, é notável que o acesso à saúde, como um direito de grande dimensão social que prevê a garantia de cidadania plena ao homem *lato sensu*, deve indubitavelmente ser garantido aos cidadãos como preceito máximo da garantia do direito à vida e à dignidade, de forma igual e coletiva, tendo em vista que é direito de todos e, portanto, a todos deve ser garantido ao menos o mínimo acesso à saúde e as necessidades básicas para sua real efetivação, pois a ausência de garantia desse direito fere diretamente a dignidade humana, como Neves (2009, p. 252) trata a seguir, ao alegar que

[...] não se pode negar que também a falta de condições mínimas de sobrevivência para grande parte da população na sociedade mundial de hoje, implicando como que uma exclusão social absoluta dos respectivos grupos humanos, também tem sido vista como violação gritante e escandalosa à “dignidade humana” e, pois, aos direitos humanos enquanto inclusão jurídica generalizada.

Além disso, há uma grande necessidade de avanços no que tange às políticas públicas e nas questões que englobam a saúde no Brasil. Verifica-se a evidente ne-

cessidade de investir mais na educação para a saúde, em campanhas para melhoria dos hábitos de higiene e alimentação, como forma de prevenir o surgimento de doenças, bem como trabalhar no processo de sanitização e correto manejo de resíduos, além de promover a educação ambiental, tudo isso com o objetivo maior de proporcionar o aumento da qualidade de vida da população com garantia de saúde e acesso aos serviços públicos com qualidade, sendo um direito e dever de todos.

Essa crescente necessidade de acesso dos indivíduos ao sistema de saúde pública torna mais difícil a prestação de tal serviço por parte do ente estatal, ocorrendo notória insatisfação dos cidadãos, sendo que a violação desse direito social tem contribuído em larga escala, inclusive, para o aumento do número de ações judiciais a este respeito, o que hoje denomina-se de “judicialização do direito à saúde”, principalmente em relação aos pedidos de medicamentos.

Com base no exposto, é que se deve prezar pela prevenção e promoção, a fim de que o Estado possa atender a uma maior parcela da população e de forma mais efetiva, pois segundo a própria Constituição Federal de 1988, ao tratar do Direito à Saúde, coloca-o no plano dos Direitos Sociais, devendo-se, portanto, ter clara essa noção de que trata-se de um direito social, da coletividade, e não de um direito individual, devendo ser considerado como tal para fins de sua concessão.

Destarte, com base nos princípios doutrinários norteadores do Sistema Único de Saúde, quais sejam, universalidade, integralidade e equidade, é importante mencionar que estes orientam a base ideológica e conferem legitimidade ao Sistema que deverá tê-los por embasamento na análise do fornecimento de serviços e prestações materiais de saúde, em que serão observados como garantia do acesso à população, e orientarão a forma como se dará o acesso.

Para Carvalho e Santos (2001, p. 71-72), a “universalidade do acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”, denota ser o acesso à saúde uma garantia de todos independentemente de qualquer requisito, sendo uma decorrência natural do novo conceito de saúde. Além disso, aduz que o SUS tem um grande desafio, qual seja, o acesso universal com efetividade e resolutividade. Sendo assim, atualmente, e com base em tal princípio, a saúde deve ser garantida, pelo poder público, a todo e qualquer cidadão.

Ainda, Petersen (2014, p. 86-87) afirma que,

São expressão da preocupação pública com a integralidade, a equidade no acesso às ações e serviços, orientação e organização de fluxos administrativos, monitoramento do acesso e oferta regional das ações e serviços. Questões estas que se fazem necessárias para o estabelecimento de responsabilidades e formas de cooperação entre os entes federados para a efetivação da gestão descentralizada, e produção do efetivo acesso da população às ações em saúde.

Reconhecer, portanto, a integralidade do acesso à saúde é ao mesmo tempo, reconhecer que a abrangência de tratamentos pelo SUS deve ser a mais ampla possível, atendendo diferentes graus de complexidade e de serviços. Ademais, o princípio organizativo de regionalização e hierarquização previsto no art. 198 da CF/88 significa a divisão dos serviços de saúde de acordo com os níveis de complexidade, partindo de um nível de menor complexidade até um de maior complexidade, de acordo com as necessidades individuais dos pacientes e a área geográfica em que está inserido. Nesse sentido, o indivíduo terá acesso a um nível primário de atendimento e, sendo o caso, encaminhado para serviço de maior complexidade.

Ademais, o mínimo existencial visa que deva ser promovido um acesso mínimo dos cidadãos à saúde, de forma que possam ser inseridos na sociedade. Nisso implica claramente o princípio da equidade, segundo o qual o Estado deverá garantir condições mínimas de subsistência aos necessitados, diga-se daqueles que não podem provê-la por seus próprios meios, a fim de que sejam colocados em pé de igualdade aos demais membros da sociedade. Segundo Sarlet e Figueiredo (2007, p. 180) “o indivíduo deve poder levar uma vida que corresponda às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”. Sobre este tema Souza (2010, p. 19) aduz que

A criação dessa teoria teve como objetivo a possibilidade de o indivíduo garantir seu direito subjetivo contra o Poder Público, quando houver diminuição da prestação de direitos básicos, garantidores da existência digna do ser humano. Isso significaria dizer que teria o cidadão como requerer um mínimo dos meios de sobrevivência ou subsistência, de forma que, sem esse mínimo, não haveria possibilidade de sobrevivência.

Com base neste aspecto, denota-se a necessidade de salvaguarda de uma condição mínima de saúde aos indivíduos para que estes tenham garantida a sua dignidade, direito este, basilar de toda a estrutura garantista do sistema brasileiro. Dessa forma, para garantia ao acesso à saúde, fica à cargo do Estado, em sentido amplo, abrangendo União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurar promover medidas preventivas e curativas à população, uma vez que a saúde não pode ser efetivada apenas após sua precisão, mas também antes mesmo que se faça necessária, a fim de garantir as condições mínimas de vida digna a todos os cidadãos.

CONCLUSÃO

Discursos sobre Direito à Saúde tem sido muito reiterados e corriqueiros, contudo, o que a maioria das pessoas não reflete, é que não basta tratar do tema da saúde em termos de curar os doentes. Deve-se em primeiro lugar, tratar-se desse tema pensando nos cidadãos como um todo, que devem possuir qualidade de vida digna e bem-estar físico, mental e social. E isso, só ocorre quando o Poder Público e os cidadãos, com uma união de esforços, pensam na saúde pública além da ausência de doenças, ou seja, na saúde pública através de seu viés preventivo e promocional.

A atuação na doença aumenta os gastos com saúde, tendo em vista que pode atingir pessoas anteriormente saudáveis, além de ser um tratamento que requer atitudes específicas para cada caso, atendimento hospitalar, dispensação de medicamentos, entre outros. Pensando nisso é que entra a questão da prevenção e promoção, com a ideia de haver uma educação para a saúde, fazendo com que a própria população repense suas atitudes e atue de forma a prover seus próprios cuidados, seja com alimentação saudável, com exercícios físicos, ou até mesmo com o próprio ambiente em que vive.

Dessa forma, discorreu-se a presente pesquisa com a proposta de solução dos problemas de saúde pública através da prevenção e da promoção, diferentemente do que ocorre hoje no Brasil, em que a saúde vem sendo tratada em seu aspecto de recuperação em que se investe diretamente na doença. Nesse sentido, cabe analisar o investimento em programas que diminuam ou evitem o surgimento de doenças, em programas de sanitização básica e de educação para a saúde. Em detrimento

de procedimentos curativos, propugna-se pelas formas preventiva e promocional, as quais possibilitariam maior garantia de bem estar aos cidadãos, bem como aumento da facilidade de acesso nos casos excepcionais que não puderem ser previstos e atendidos pela promoção e prevenção.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

CAMPOS, Arinilda Silva et al. **Promoção da Saúde e Prevenção de Doenças**. 72 p. Col. Temas Interdisciplinares. Marco Akerman e Vânia Barbosa do Nascimento (organizadores). São Paulo: CESCO, 2005. ISBN 85-98567-06-X.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema único de saúde: Comentários à lei orgânica da saúde**. 3. ed. São Paulo: Editora da Unicamp, 2001.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A saúde entre o público e o privado: o desafio da alocação social de recursos sanitários escassos**. Curitiba: Juruá, 2001. 182 p.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH**. Assembleia Geral das Nações

Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

PETERSEN, Letícia Lassen. **Políticas sociais no SUS e a gestão da assistência farmacêutica na rede local/regional: o caso da judicialização na 17ª coordenadoria regional de saúde – RS**. Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Regional – Mestrado e Doutorado. Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, 2014. Disponível em: <<http://btd.unisc.br/Teses/LeticiaPetersen.pdf>>. Acesso em: 24 Mai. 2015.

RELATÓRIO MUNDIAL DA SAÚDE. **Financiamento dos Sistemas de Saúde: O caminho para a cobertura Universal**. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/WHR2010.pdf?ua=1>>. Acesso em: 08 Out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Direitos Fundamentais e Justiça nº 1. Out./Dez. 2007. Disponível em: <http://www.djf.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/DOCTRINA_9.pdf>. Acesso em: 15 Jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processo-AudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_Tania_10_04_09.pdf>. Acesso em: 29 Mar. 2015.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Fernanda Oliveira de. **A intervenção judicial na garantia da efetivação do Direito à saúde: possibilidades e limites no caso dos medicamentos**. Porto Alegre: PUCRS, 2010. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_1/fernanda_souza.pdf>. Acesso em: 01 Mar. 2016.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. **Para além do contexto jurídico e social interno: o direito à saúde na perspectiva internacional**. p. 17-50. In: STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis; SANTOS, Juliana Oliveira. Estado, Políticas Públicas e Direito à Saúde: Diálogos ao encontro dos Direitos Humanos. Cabo Frio: Editora Visão, 2016. 312p.

25

A POSSIBILIDADE DE UMA CIDADANIA SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

Caroline Bresolin Maia Cadore²⁹⁵

Jéssica Cindy Kempfer²⁹⁶

Resumo: A degradação do ambiente e o aquecimento global desenfreado, vêm proporcionando discussões a respeito da preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Fala-se em uma crise ambiental que possui causas antropocêntricas, que acaba colocando em risco a continuidade da vida humana na Terra. Nesse contexto, a presente pesquisa avalia se a educação, através de normas curriculares, possibilita o desenvolvimento de uma cidadania que detém em sua essência o entendimento da relevância da sustentabilidade. Para tanto, perpassa pela conceituação de desenvolvimento sustentável e pela análise de uma perspectiva ecológica de cidadania.

Palavras-chave: Cidadania. Educação Ambiental. Sustentabilidade.

Abstract: The degradation of the environment and uncontrolled global warming have been provoking discussions about the preservation of an ecologically balanced

²⁹⁵ Mestranda em Direito pela IMED – Faculdade Meridional, linha de pesquisa “Fundamentos do Direito e da Democracia”. E-mail: carolbresolinm@gmail.com.

²⁹⁶ Mestranda em Direito pela IMED – Faculdade Meridional, linha de pesquisa “Fundamentos do Direito e da Democracia”. E-mail: jessicakempfer@gmail.com

environment. It's been discussed about an environmental crisis that has anthropocentric causes, that endangers the continuity of human life on Earth. In this context, the present research evaluates whether education, through curricular norms, enables the development of a citizenship that essentially holds the understanding of the relevance of sustainability. Therefore, it goes through the conceptualization of sustainable development and the analysis of an ecological perspective of citizenship.

Keywords: Citizenship. Environmental Education. Sustainability.

INTRODUÇÃO

No cenário atual existem diferentes graus de intervenção humana, nos mais diversos elementos de um ecossistema. Tais intervenções foram advindas do sistema industrial contemporâneo, juntamente com a ascensão da ciência e da tecnologia.

Nesse ponto, pode-se falar em uma crise ambiental, a qual quer expressar o fenômeno paradoxal que foi o crescimento econômico em si, pelo elevado nível de desenvolvimento e padrão de vida alcançados pela civilização industrial. Isso gerou problemas de caráter ecológico e ambiental de tão grande magnitude que, pode-se dizer, acaba colocando em risco a continuidade da vida humana na Terra.

A difusão e consolidação da sociedade de consumo, que governa os modos de vida do Ocidente e funciona como modelo e estímulo para os países em vias de desenvolvimento; e o desenvolvimento da tecnologia numa intensidade e com impactos desconhecidos até o momento, mostram-se como causas geradoras da crise ambiental em que vivemos.

Vemos nosso planeta como um mundo suscetível a padecer por fenômenos naturais, mas acima de tudo, pela própria ação do ser humano que, em virtude de seu modelo de vida contemporâneo, desencadeou uma série de eventos que amagam o equilíbrio do ecossistema global.

Pode-se dizer, assim, que a crise ambiental tem causas antropogênicas e que, embora possa parecer um problema eminentemente físico, é também um problema político pois estamos falando de uma crise socialmente causada.

Isso traz problemas, porque obviamente não é possível preservar tudo, mas por outro lado demanda uma atuação ativa do estado que deve proporcionar as condições mentais e materiais para a prática desses modos de vida e uma das formas mais efetivas se dá pela educação.

A educação ambiental possibilitaria aos alunos a oportunidade de explorar uma grande variedade de atitudes e valores da sociedade e considerar o tipo de mundo no qual eles querem viver. A importância do ensino dá-se no sentido de viabilizar e apresentar aos estudantes a grande variedade de escolhas que estão disponíveis para a busca e a consequente obtenção de um meio ambiente mais sadio e preservado.

Dessas premissas surge um questionamento: de que forma as pessoas se tornam cidadãos “do meio ambiente” ou cidadãos ecológicos? Entende-se que a educação é a chave para abrir esta porta, através do sistema formal de ensino particular em cada país, porém com uma visão transdisciplinar em todos eles.

Sendo assim, o problema central deste artigo se apresenta através do seguinte questionamento: como é possível garantir o exercício da cidadania através de uma perspectiva sustentável?

Com o objetivo de demonstrar se é possível desenvolver os princípios e fins da educação nacional, presentes nos artigos 2º e 3º a Lei 9.394/1996, observando a proposição referida no art. 2º, X da Lei 13.005/2014 através da educação ambiental como mecanismo de efetivação da sustentabilidade através da cidadania, utilizou-se o método dedutivo feito com base em pesquisa na legislação e demais materiais bibliográficos.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo é demonstrar se é possível desenvolver os princípios e fins da educação nacional, presentes nos artigos 2º e 3º a Lei 9.394/1996, observando a proposição referida no art. 2º, X da Lei 13.005/2014 através da educação ambiental como mecanismo de efetivação da sustentabilidade através da cidadania. Os objetivos específicos são: a) definir o conceito de desenvolvimento sustentável; b) analisar a perspectiva ecológica de cidadania; c) revisar a Lei 9.394/1996 e a Lei 13.005/2014 em seus artigos específicos e d) avaliar a possibilidade de a educação ser uma ferramenta de efetivação dessa cidadania.

Com o objetivo de demonstrar a viabilidade dessa proposição, utilizou-se o método indutivo, realizado através de pesquisa bibliográfica.

A atualidade da discussão aqui proposta mostra a urgência da abordagem e da definição de meios que possibilitem a preservação do meio ambiente sadio e equilibrado através de ações que, primeiramente surgem de um espectro mais abrangente e que posteriormente reflitam nas escolhas individuais.

CRISE AMBIENTAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Inicialmente importa a definição do que é considerado desenvolvimento sustentável, uma vez que se entende que as práticas, ainda que não necessariamente econômicas, estão inseridas em uma realidade de mercado e de sociedade que busca o desenvolvimento dentro dos moldes capitalistas.

A socialização da ideia de crise ambiental e sua transformação em fenômeno político teve início em ensaios e relatórios escritos por cientistas do Primeiro Mundo desde o fim da Segunda Guerra Mundial, os quais procuraram influenciar a consciência tanto das pessoas, como dos tomadores de decisão, a fim de evitar o fim catastrófico do planeta: a irreversível deterioração do ambiente

Os governos do mundo lidam hoje com os problemas das normas ambientais e em como determina-las. A ideia principal é proteger uma grande variedade de opções mentais e materiais possíveis. Essa proteção permite potencialmente uma massiva transformação dentro de uma estrutura de variedade e diversidade

Ao analisarmos o conceito de desenvolvimento sustentável, a questão chave deve ser a preocupação com a sustentabilidade ecológica e sua relação com o desenvolvimento. Ele convida para o desenvolvimento baseado na sustentabilidade para que se possa atender as necessidades da população no presente, igualmente, no futuro (BOSELMAN, 2015, p.28).

Essas mudanças, causam o que se conhece por “sociedade de risco”, aonde não é possível diferenciar os tipos de ameaças que determinadas populações irão sofrer, uma vez que o mundo vive as mesmas mudanças basilares, embora não se possa afastar a diferença entre as modernidades de acordo com as diversas percepções culturais. O ponto central são os riscos e as consequências dessa modernidade refletidos na vida, tanto de animais e plantas, quanto do próprio ser humano, uma

vez que os riscos não são mais limitados por fronteiras ou por indivíduos específicos (BECK, 2010).

Dentro do conceito de sociedade de risco a capacidade de autodestruição envolve a criação de energia nuclear para fins militares, as mudanças climáticas, a preocupação com a destruição da camada de ozônio, a destruição da cobertura florestal do planeta e a crescente produção de resíduos industriais e urbanos (SAAVEDRA, 2014).

Ainda dentro desse conceito temos a ideia de um planeta finito, que nos enseja a pergunta: para quantos é suficiente? E finalmente a ideia de progresso substituída pela incerteza, que prega que o futuro não será necessariamente melhor que o presente e o passado, tudo dependerá das ações realizadas no campo científico, e principalmente político, visando um posicionamento sustentável dos agentes responsáveis (SAAVEDRA, 2014).

A sustentabilidade é um conceito que remete a necessidade de manutenção da vida como um todo, em respeito da integridade ecológica da terra como um organismo indivisível. Isso também quer dizer que pode ser considerado “injusto” viver às custas de outras espécies, tanto quanto seria igualmente “injusto” viver às custas das futuras gerações (BOSELMAN, 2015, p. 133).

Assim, a sustentabilidade se mostra como uma tentativa de adaptação à evolução das condições de vida para se viver, social e economicamente, dentro dos limites ecológicos. E é nesse modelo que o desenvolvimento sustentável deve ocorrer.

Ele deve ser uma representação da sustentabilidade, uma vez que deve acontecer dentro dos limites da capacidade ambiental de auto restauração dos ecossistemas (BOSELMAN, 2015, p.139). A abordagem deve ser de progresso econômico em termos de integração com a natureza e não de exploração, evitando assim o excesso de uso dos recursos naturais.

O desenvolvimento sustentável deve significar o equilíbrio entre interesses concorrentes. Deve integrar a percepção dos fatores ambientais, econômicos e sociais. Em sua abordagem ecológica, ele se mostra como uma crítica do modelo de desenvolvimento atual e se propõe a gestão dos recursos naturais como parte integrante dos planos de desenvolvimentos (BOSELMAN, 2015, p.46-48).

O que representa muito bem essa conjuntura é o fato de que os riscos são diretamente envolvidos em decisões técnicas, políticas e administrativas. As medidas tomadas frente a esses riscos, são decididas através de cálculos frios, pois esses

números não conseguem dimensionar o real estrago provocado por crises hídricas, vazamentos de gases tóxicos, mudanças climáticas e afins (BECK, 2010).

O mundo globalizado e altamente industrializado torna impossível o uso de métodos tradicionais de sustentabilidade. Por esse motivo, o ponto mais complexo está na integração em termos de proteção ambiental e desenvolvimento econômico. Nesse contexto a sustentabilidade ecológica deve aparecer como um pré-requisito para o desenvolvimento (BOSELMAN, 2015, p.56).

Nesse sentido, é importante um entendimento profundo de que a crise ambiental possui fundamentos predominantemente políticos que perpassam pelas áreas das ciências, tanto sociais, quanto econômicas e naturais, e que reforçam a ideia de que a Sustentabilidade é a única forma de proporcionar uma sequência na forma de vida que conhecemos hoje (SAAVEDRA, 2014).

A interpretação do desenvolvimento sustentável com base na sustentabilidade gera efeitos principalmente na relação entre países do norte e sul. Para as nações desenvolvidas e altamente industrializadas não há nenhuma liberdade de escolha: a prosperidade econômica e a justiça econômica são secundárias, pois só podem ser exercidas sem ameaçar os sistemas ecológicos (BOSELMAN, 2015, p.64).

Ocorre que a crise ambiental nos remete ao fenômeno do crescimento econômico em si, que teria levado aos problemas ecológicos e ambientais em virtude do elevado padrão de vida alcançado pela civilização industrial, característica primeira dos países desenvolvidos.

Ademais, necessário ressaltar que essa ideia de progresso nos moldes das nações do norte se mostrou estar diretamente ligada com a capacidade autodestrutiva humana, em virtude da crescente produção de resíduos industriais e urbanos que contaminam praticamente todos os lugares, superando a capacidade de reciclagem natural do planeta.

Já nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais tem sua causa no subdesenvolvimento. Portanto, os países em desenvolvimento devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento, tendo presente suas prioridades e a necessidade de salvaguardar e melhorar o meio ambiente. Nos países industrializados, os problemas ambientais estão geralmente relacionados com a industrialização e o desenvolvimento tecnológico (SAAVEDRA, 2014, p.130).

Assim, para os países do Sul a proteção ao meio ambiente deve considerar o processo de desenvolvimento destas nações. A superação da crise ambiental inclui,

portanto, suplantação do subdesenvolvimento em que grande parte da humanidade ainda vive.

O pensar na sustentabilidade coloca as instituições políticas e governamentais. Conforme o meio ambiente global é entendido como nossa casa comum, instrumentos legais deverão englobar a cidadania ecológica. Esse modelo de cidadania ecológica deve estar centrado na vida na terra como um todo e baseado em normas como justiça ecológica, cidadania ecológica e direitos humanos interpretados nos moldes de um pensar sustentável. A noção de cidadania ecológica baseia-se na percepção de que somos tanto cidadãos de uma comunidade social como de uma comunidade ecológica. Isso quer dizer que deve existir uma relação de cuidado entre humanos e não humanos.

É necessário que a sustentabilidade, assim como a cidadania sejam a base para formulação e interpretação do ordenamento jurídico para transformar as nossas instituições legais antropocêntricas em uma lei ecológica global e uma governança para uma comunidade da vida em geral.

Uma governança pela sustentabilidade é necessária para que ocorram mudanças na comunidade global a fim de preservar a natureza e a vida na terra. O cidadão ecologicamente consciente toma responsabilidade pelo lugar onde mora e entende a importância das tomadas de decisões coletivas e relativas ao comum. Conhece o impacto de suas ações e age de acordo com suas convicções e comprometido com a construção da comunidade.

Assim como há direitos para acessar e utilizar o meio ambiente, há limitações a esses direitos. Este fator limitador é a preservação da integridade ecológica e se opera inclusive no contexto dos direitos humanos.

O ponto chave de uma cidadania ecológica é o reconhecimento da responsabilidade em relação a entidades não humanas e não representadas em um processo político de tomada de decisões. Reconhecer que todos os seres são interdependentes e toda forma de vida tem seu valor independentemente de seu valor para os seres humanos.

Para que ocorram essas mudanças é necessário que os cidadãos se mobilizem para que formem uma força impulsora para mudança social. No ordenamento jurídico ambiental internacional as pressões sociais e da advocacia civil são particularmente fortes.

Quanto mais o conceito de cidadania global é associado com a sociedade civil, mais forte ele se torna. A governança é a soma de todas essas forças individuais que criam espaço para reformas modestas bem como para mudanças radicais.

A POSSIBILIDADE DE UMA CIDADANIA COM VIÉS AMBIENTAL (CIDADANIA ECOLÓGICA)

Partindo-se do estudo de Andrew Dobson (2003), no qual o autor debruça-se sobre o conceito de cidadania, buscando dar um novo significado aos velhos conceitos, frente as mudanças inevitáveis ocasionadas pelos influxos globalizatórios, será abordada a possibilidade de uma cidadania ecológica.

Não pode ser considerado novidade que a abordagem encarada como pós-moderna adveio do fenômeno da globalização. As novas tecnologias em conjunto com a rapidez das comunicações transformaram o hiato entre espaço e tempo em mera história, juntamente com as relações mais dinâmicas, a maior facilidade nos fluxos mercantis, a fluidez das fronteiras e a existência de realidades virtuais, formam o que chamamos de mundo globalizado. Entretanto, ainda que sejam consideradas evoluções, essas mudanças resultam em percalços e graves problemas no que tange ao meio ambiente, uma vez que a utilização sem parâmetros e limites das fontes naturais causam degradações que não são passíveis de reconstrução.

Importa salientar que essa conexão é feita a partir de uma rede que liga as relações entre os Estados, as organizações sociais, as organizações privadas e os indivíduos, através de uma interconectividade. Obviamente, elas não ocorrem de forma horizontal. Pode-se exemplificar ao citar as relações entre Estados que detêm o poder econômico e, portanto, o poder político no espaço transnacional, e um Estado que possui interesse econômico, mas não apresenta as mesmas condições que o primeiro. É evidente que o primeiro poderá submeter o segundo às suas próprias condições, criando uma relação assimétrica, ou de dependência.

Não é difícil chegar a conclusão de que os influxos globalizatórios permitem e favorecem a democratização de espaços antes dominados por Estados, no mesmo caminho é com facilidade que se conclui que há uma sujeição daqueles países que possuem menor influência e poder econômico em relação àqueles que o possuem. Também se observa que essa interconectividade na mesma medida que permite os

fluxos de informações e de capitais, viabiliza, na mesma proporção o acontecimento de tragédias.

Ainda que se verifique estreitamento nas relações entre os países, a distribuição de riqueza permanece polarizada para aqueles que possuem um alto grau de desenvolvimento, por outro lado, verifica-se o crescimento substancial da pobreza e da miséria na maioria dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, este é mais um ponto que evidencia a assimetria nas relações globais/transnacionais.

Diante deste contexto, é preciso pensar em cosmopolitismo, isto é, a compreensão de que todos os indivíduos do mundo estão de alguma forma conectados e pertencem não mais a uma comunidade restrita, como uma região ou Estado, mas pertencem ao mundo.

Surge então, para viabilizar este senso de pertencimento o conceito de cidadania, como instrumento hábil para compreender o senso de responsabilidade política em uma determinada comunidade. As relações sociais são elásticas e modificam-se o tempo todo conforme as transformações de identidade e compreensão. Por vezes, elas se estreitam outras vezes se rompem, associam-se e desassociam-se. Por esta razão que se cria uma identidade nacional que formou laço social para ligar os cidadãos na comunidade política ideal, cujo objetivo era formar uma forte ligação entre as comunidades políticas e o estado.

Embora esse conceito tenha sido bastante importante até então, em razão dos fenômenos cosmopolitas e do fato de que todos os indivíduos são, de algum modo, cidadãos globais, em virtude das relações transnacionais e da interação do sujeito com o mundo, busca-se comunidades políticas além do Estado. Dado o fato de que os vínculos sociais se estabelecem para além das fronteiras tradicionais. Em razão dessas relações, demanda-se um compromisso com um diálogo aberto e crítico, com foco voltado para ouvir as vozes que são oprimidas e acabam por não participar dos eventos globais.

Estes últimos são aqueles marginalizados, os que por alguma circunstância se tornaram oprimidos diante dessa sistemática (deliberadamente opressora). Um exemplo destes eventos, pode ser verificado em duas ilhas do Kiribati que sumiram em razão do aumento do nível do mar, ocasionado pelo aquecimento global. O governo destas pequenas ilhas está preocupado com os efeitos do aquecimento global, fato este que demanda um diálogo livre e sem coação com outros Estados, que de algum modo também são responsáveis por esse dano ambiental.

É isso que quer dizer quando se fala em cosmopolitismo, trata-se da abertura de um diálogo livre entre os diversos envolvidos, principalmente nas tragédias mundiais. Neste contexto, deve surgir como um diálogo cosmopolita um instrumento capaz de resolver os problemas das Pequenas Ilhas. A condução desse diálogo devendo ser feita através do princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada levando-se em consideração a quota de contribuição de cada país naquilo que se refere à ações danosas que proporcionaram aumento do aquecimento global. Dito de outro modo, quer dizer que alguns tem maiores responsabilidade que outros em relação aos seus danos. A responsabilidade em relação aos outros é uma questão de obrigação moral, uma questão de justiça.

Para conformar os aspectos da responsabilidade surgem os conceitos de cidadania. Existem alguns tipos, dentre eles está a cidadania liberal e republicana cívica - duas formas dominantes de cidadania - e a que merece destaque nesse estudo, a cidadania pós-cosmopolita.

O pós-cosmopolitismo está preocupado em identificar as relações de dano atual, limitando obrigações implícitas nessas relações para quem deu causa, reconhecendo que os direitos e responsabilidades de um indivíduo transcendem as fronteiras nacionais.

Em suma, trata-se de uma cidadania nova, a qual se dispõe a trabalhar com as mudanças ideológicas e materiais que vêm ocorrendo no mundo atual, que não podem ser descritas pelas cidadanias liberal e republicana cívica, essas comumente associadas a uma natureza territorial e material do seu sentido de espaço político.

Dentro deste conceito de cidadania surgem a cidadania ambiental e ecológica como complementares. Note-se que são termos distintos, mas que se coadunam. Organizam em diferentes terrenos, mas caminham na direção da conformação de uma sociedade sustentável. A cidadania ambiental preocupa-se com o meio ambiente, pode parecer neologismo, mas é perfeitamente aceitável. A partir de um ponto de vista liberal, essa forma de compreender os deveres de um indivíduo preocupa-se com o âmbito normativo, ligado a um Estado-nação. Seria a positivação da proteção dos direitos da natureza, da proteção da natureza em relação à ação do homem.

Sem dúvidas que consagrar os direitos ambientais nas constituições, é um grande avanço na realização de um projeto político que vise a sustentabilidade, todavia, esse primeiro conceito pode agregar-se à cidadania ecológica, a qual se opera

numa dimensão mais ampla. Ela preocupa-se com a dimensão ecológica no contexto mundial, na mesma medida em que se preocupa com a esfera pública e privada.

Essa concepção vislumbra um comportamento virtuoso por parte do indivíduo dentro de uma esfera tanto pública quanto privada. Uma conduta que se responsabiliza pelo meio ambiente da sua própria e das gerações futuras. Virtuoso porque vislumbra o bem, um bom comportamento, a partir de um senso de responsabilidade política.

Nesse ponto, pode-se abordar ressurgimento da ética sob uma nova concepção, que é resultado da crise na ideia de futuro, e do enfraquecimento da crença na expectativa de um racionalismo tecnicista e positivista. Contudo isso não está afastado de contradições e impasses, dessa forma, embora seja a ética que defina os contornos da atividade humana, também não será supérfluo evidenciar que o ideário ético contém limitações em função da sua habilidade de reunir as esperanças de absolvição nos dias atuais (LIPOVETSKY, 2005).

A partir dessa perspectiva, a preocupação com a natureza possui função primordial dentro dos ideais que norteiam a consciência contemporânea. Os dias atuais apresentam a vitória dos valores ecológicos e afirmam que o momento demanda um pacto com a natureza (LIPOVETSKY, 2005).

As ameaças sofridas pela natureza trouxeram à tona um novo enfoque acerca da responsabilidade referente à sustentabilidade, um ponto de vista que ultrapassa a ideia da ética tradicional. A responsabilidade do homem repousa sobre as coisas que perpassam a sua esfera interior e atingem a biosfera na sua totalidade (LIPOVETSKY, 2005).

O espaço da cidadania ecológica é produzido no âmbito dos relacionamentos das pessoas individualmente em relação ao seu ambiente. Uma cidadania sustentável, cujo objetivo social deve encontrar uma forma de envolver as pessoas de uma comunidade com a pretensão de alcançar o bem comum mirando a proteção da natureza.

Em outras palavras, no contexto ecológico deve-se entender que os atos individuais e privados têm inferência pública de uma forma de cidadania. Entende-se que a pegada ecológica é a perspectiva entorno da qual gira a cidadania ecológica. No que diz respeito a essa pegada, pode-se afirmar que é uma manifestação do efeito que as pessoas e as comunidades causam em seu ambiente. Esse impacto tem a

finalidade de produzir e reproduzir as vidas privadas dos indivíduos, com uma clara manifestação e consequência pública (DOBSON, 2003, p. 135).

Refletir sobre o lugar da cidadania ecológica nas sociedades liberais, a partir de uma abordagem normativa da sustentabilidade ambiental, demanda consciência sobre os impactos das decisões políticas, a qual tem de ser convertida em um recurso principal para valorizar a da cidadania e própria responsabilidade que isso implica.

O cidadão ecológico toma uma atitude não em razão de uma norma, mas em razão de uma atitude de virtude, ele age assim com o objetivo de realizar uma ação mais correta possível em relação ao ambiente em que vive. Ele age responsabilmente em relação à sua e às próximas gerações.

A LEI 9.934/1996 E O NOVO PLANO NACIONAL DA EDUCAÇÃO

No ano de 1931, o recém-criado Conselho Nacional de Educação iniciou uma reflexão sobre a construção de um planejamento de âmbito nacional focado na área da educação. Em virtude da constatação da realidade fragmentada e descontinuada que educação nacional apresentava a Associação Brasileira de Educação (ABE), em 1932, foi elaborado um manifesto sugerindo a criação de um projeto de educação que tivesse um funcionamento orgânico, afim de tornar a escola um ambiente possível e acessível (PNE, 2014-2024, p.11).

Desde então as sistemáticas da construção dos projetos não seguiram necessariamente a proposta inicial de manter um método linear na elaboração das estratégias aonde previa-se que apenas após seis anos poderiam ocorrer novas modificações.

Foi então na Constituição de 1988 que se previu pela primeira vez a implantação do Programa Nacional de Educação. Como desdobramento, em 1996 a Lei de Diretrizes e Bases - Lei 9.934/1996 - dispôs que era dever da União construir o PNE, em conjunto com os estados, o Distrito Federal e os municípios (art. 9º, I) e, dentro de um ano, encaminhá-lo ao Congresso Nacional, com os devidos objetivos e estratégias para os dez anos seguintes (PNE, 2014-2024, p. 13).

Dentro dessa perspectiva a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.934/1996 - estabelece em seu artigo 2º que “a educação, dever da família e do

Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Logo em seu artigo 3º prevê os princípios nos quais a educação se desenvolverá

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância; V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; VII - valorização do profissional da educação escolar; VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino; IX - garantia de padrão de qualidade; X - valorização da experiência extra-escolar; XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais; XII - consideração com a diversidade étnico-racial (BRASIL, Lei 9.934/1996).

Logo destaca-se a importância da necessidade de construção de uma educação cidadã e acima de tudo integrada com a realidade atual.

Por sua vez, a Lei 13.005, de 25 de junho de 2014 que aprovou o Plano Nacional de Educação para os próximos dez anos, traz em seu artigo 2º as diretrizes do PNE, dentre elas o inciso X refere diretamente a “promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental”.

As redações das referidas leis reafirmam a relevância de uma educação com ensino interdisciplinar, além da indispensabilidade de uma abordagem direta e assertiva no sentido de garantir a sustentabilidade ambiental juntamente com a formação de cidadãos conscientes.

A EDUCAÇÃO COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA ECOLÓGICA

Toda vez que um conceito, jurídico ou não, é reavaliado surge a necessidade de um novo olhar direcionado aos objetos a ele relacionado. Essas mudanças, são sobretudo reflexo de um mundo globalizado e em constante mutação, aonde as distâncias foram ressignificadas e a informação chega em um espaço de tempo extremamente curto aos mais diversos locais do globo.

Diante dessa realidade, após a avaliação do conceito de cidadania e da explanação da importância de um viés ecológico intrínseco a ela, entende-se que a educação é uma forma de fortalecimento dessa nova leitura, pois é ponto fulcral na formação das capacidades de escolha e de esclarecimento do agir humano em favor de um meio ambiente equilibrado.

Utilizando como embasamento teórico a doutrina de Dobson (2003), entende-se que é necessário refletir sobre o papel da cidadania ecológica (*ecological citizenship*) nas sociedades liberais como uma introdução à análise de uma forma particular de alcançar o objetivo de um meio ambiente sadio através do sistema de educação.

Sabe-se das críticas referentes a ideia de legitimação da sustentabilidade nas sociedades liberais pois uma determinada e peculiar visão de “viver bem” não seria compatível com a visão neutra do Estado liberal. Ainda, a sustentabilidade ambiental não seria compatível pois esta requer normas e técnicas, enquanto o estado liberal deve ser neutro com relação as normas para formas de viver, pois não pode favorecer uma visão de mundo de um certo grupo sobre outro. Há a justificativa, também, de que a educação para uma cidadania ambiental não pode ser efetivamente oportunizada pelo estado liberal.

Tendo em vista essa gama de objeções, necessário falar, inicialmente, que a sustentabilidade ambiental não é apenas sobre normas, mas sim uma maneira científica de determinação.

Para desconstruir essa ideia de incompatibilidade, é necessário lembrar que a neutralidade não é, em si, a norma fundamental do liberalismo e que qualquer forma de liberalismo é neutra com relação a “viver bem”. O liberalismo deve ser agnóstico quanto a natureza do que significa uma boa vida para cada indivíduo deve

conter alguns conceitos necessários dos bens primários, ou seja, as necessidades básicas da população.

A ideia principal é proteger a maior variedade de opções mentais e materiais possíveis. Essa proteção permite potencialmente uma massiva transformação dentro de uma estrutura de variedade e diversidade. Agir sustentavelmente é, portanto, evitar causar uma redução das oportunidades futuras que um indivíduo possa ter.

Essa provisão de oportunidades iguais pelo Estado liberal tem o significado relacionado a concepção que ele deve fazer tudo que pode para prevenir uma exclusão de possibilidades e isso se traduz no comprometimento para preservar, proteger e manter os recursos mentais e materiais pelos quais as pessoas vão escolher as suas próprias versões de bem-estar.

Pode-se considerar que as bases das versões individualizadas de bem-estar assentam-se na ideia individualista de viver melhor e por mais tempo. No entanto, isso não confronta a preocupação com o meio ambiente, pois a moral ecológica na realidade é sutil, não recomenda nenhuma auto-resignação, nenhuma penitência dolorosa, apenas recomenda o não desperdício e consumir um pouco mais ou um pouco menos (LIPOVETSKY, 2005). Dessas premissas surge um questionamento: de que forma as pessoas se tornam cidadãos “do meio ambiente” ou cidadãos ecológicos? Entende-se que a educação é a chave para abrir esta porta, através do sistema formal de ensino particular em cada país, porém com uma visão transdisciplinar em todos eles.

Para abordar a cidadania ecológica é necessário primeiramente, destacar-se a importância dos direitos. A cidadania deve criar a questão de obrigações internacionais, entre gerações e até mesmo entre espécies. Assim o desenvolvimento sustentável acaba tendo mais correlação com os valores do que com técnicas - entende-se aqui, que o desenvolvimento sustentável é mais uma questão normativa do que técnica.

A “educação cívica”²⁹⁷ dá aos alunos a oportunidade de explorar uma grande variedade de atitudes e valores da sociedade e considerar o tipo de mundo no qual eles pretendem viver, através do enfrentamento de questões-chaves da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável. Tudo isso ressaltado pela exigência do ensino do desenvolvimento moral e crítico dos alunos acerca das noções de certo, errado, justiça e obrigações. Além disso, necessário ressaltar que a cidadania ecológica está

²⁹⁷ Assim referida por Dobson.

conectada com a noção de transnacionalidade. Assim os alunos devem aprender sobre a importância de resolver conflitos tanto em caráter local como mundial.

Em outras palavras, a educação para a cidadania não é mais apenas para a aprendizagem de como funciona o Estado e seu parlamento, mas também tem a ver com a dimensão moral, ética e sustentável da vida social.

Considerando a importância do fenômeno comunicacional na sociedade global e o acelerado processo tecnológico que abrange os mais variados setores da convivência humana, o que se propõe é uma escola contextualizada, que se situe na dinâmica dos novos processos de ensino e aprendizagem colaborativa, com o uso das novas tecnologias como mecanismo de desenvolvimento, de criticidade e de colaboração mútua que transforma as informações em conhecimentos sistematizados.

Entende-se que para aplicar o ensino da cidadania ecológica deve-se observar uma concepção de integração entre todas as áreas do conhecimento, através de uma abordagem transversal, aonde as matérias constantes nos currículos de cada legislação pátria tratem da sustentabilidade não somente como objetivo das práticas educacionais, mas como meio de efetivação da aprendizagem.

Nesse sentido, Leff (2000) oferece uma abordagem próxima da epistemologia ao considerar que devem ser enfrentadas as teorias que desprezam a evolução histórica do conhecimento, afim de destacar a noções sociológicas, culturais, históricas, econômicas e naturais que contribuíram para a elaboração dos conhecimentos científicos e não-científicos, com a intenção de produzir uma compreensão ambiental fundamentada em variáveis interdisciplinares que sistematize a ciência e as diversas maneiras absorver o conhecimento tradicional e contemplar a sociedade como parte importante do ecossistema global.

É necessário oferecer condições para promoção da educação de nosso tempo, que deve estar integrada ao local em que estivermos. Integrar as tecnologias à educação, principalmente unindo os conhecimentos técnico-pedagógicos de forma interdisciplinar. Além disso, o reconhecimento intelectual de uma necessidade não é, geralmente, acompanhado por uma ação. Assim a experiência “de campo”, principalmente nos alunos mais jovens parece ser mais efetiva, assim como a influência de pessoas próximas.

Entende-se que a interdisciplinaridade, além de ser eficaz como método que une e correlaciona as disciplinas, deve integrar-se com outros conhecimentos visando atingir a concepção de um novo objeto de pesquisa e de aprofundamento.

Sendo assim, a interdisciplinaridade serve como ferramenta na elaboração de novas descobertas que serão base para futuras teorias (LEFF, 2000).

Diante disso, ao encarar a interdisciplinaridade como produtora de base para futuros saberes científicos, é urgente o reconhecimento da importância da inclusão de um caráter ambiental em todas as abordagens realizadas nos bancos escolares.

CONCLUSÃO

O meio ambiente enfrenta grandes degradações, o fim de florestas, a escassez de água, o desaparecimento das mais variadas espécies de animais e plantas. A sociedade atual sofre enormes mudanças, o enfraquecimento das fronteiras, o encurtamento de distâncias, novas tecnologias que surgem a todo o momento.

A necessidade de um olhar sustentável para o mundo que se apresenta atualmente vai muito além de conceitos defasados. É importante reavaliar a concepção de cidadania, aonde deve-se entender que o compromisso, além de civil, é também ético em relação ao meio ambiente sadio para essa e para as futuras gerações. A mudança da perspectiva de cidadania desencadeia uma necessidade de efetivação do princípio da sustentabilidade, afim de introjetar na postura crítica do indivíduo as possibilidades de escolhas que existem e que permitam o alcance de um futuro sustentável.

O desenvolvimento sustentável possui mais correlação com valores do que com técnicas, da mesma forma que se mostra mais como uma questão normativa do que tecnicista. Assim, ao se abordar a cidadania ecológica, evidencia-se a importância dos direitos. A cidadania tem o poder de trazer à tona a discussão de temáticas de obrigações internacionais, entre gerações e, igualmente, entre espécies.

Dessa forma, a educação ambiental, exercida de forma multi e interdisciplinar, através de uma abordagem transversal, aonde insere-se no ensino científico a perspectiva ambiental conjuntamente com os demais princípios balizadores do ensino, é ferramenta crucial para a efetivação dessa nova perspectiva de cidadania, que almeja a sustentabilidade e a preservação de um meio ambiente equilibrado e sadio.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010
- BOSELDMANN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015
- BRASIL, Lei 9.934, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
- _____, Lei 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências.
- DOBSON, Andrew. Citizenship and the Environment. New York: Oxford University Press Inc., 2003.
- LEFF, Enrique. Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental. In: PHILIPPI JR., A., TUCCI, C.E.M., HOGAN, D. J., NAVEGANTES, R. Interdisciplinaridade em ciências ambientais. São Paulo: Signus Editora, p. 19-51, 2000.
- LIPOVETSKY, Gilles. A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. São Paulo: Manole, 2005.
- SAAVEDRA, Jaime Fernando Estenssoro. História do debate ambiental na política mundial 1945-1992: a perspectiva latino-americana. Tradução de Daniel Rubens Censi. Ijuí, (RS): Editora da UNIJUÍ, 2014.

26

A INFLUÊNCIA DAS CORPORações TRANSNACIONAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

*Fabiane Maboni*²⁹⁸

*Eduardo Baldissera Carvalho Salles*²⁹⁹

*Giovanni Olsson*³⁰⁰

Resumo: É um truísmo afirmar que controlar a cadeia produtiva gera poder econômico, político e cultural. Desde o auge da Companhia das Índias Orientais no século XVI, tem-se verificado a concentração de poder quando uma corporação controla a produção. Entretanto, no caso das corporações contemporâneas, o seu espectro de domínio é mais abrangente e perigoso do que sua progenitora, porque projeta o campo de influência mediante a especulação financeira, que não produz bens e serviços nem se agrega à um local, tornando-as extremamente fugidias. Nota-se que a governança da coisa pública já tem sido exercida por corporações, as quais são orientadas exclusivamente pelo lucro. Muito embora essas características já fossem observadas no mercantilismo, a rapidez com que são transpostas fronteiras territoriais e barreiras de espaço dá a impressão de que inexistem limites para o alcance das corporações transnacionais, impondo uma reorientação paradigmática.

298 Graduada em Direito (Unochapecó). Bolsista PIBIC/CNPq.

299 Mestre e Bacharel em Direito (Unochapecó).

300 Doutor em Direito (UFSC). Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito (Unochapecó). Vice-Líder do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder.

Palavras-chave: Corporações transnacionais. Sociedade contemporânea. Relações Internacionais

Abstract: It is a truism to say that controlling the productive chain generates economic, political, and cultural power. Since the golden age of the East India Company in 16th century, there has been a concentration of power when a corporation controls production. However, in the case of contemporary corporations their domain scope is more comprehensive and dangerous than the former, because it projects the field of influence through financial markets, which does not produce goods and services or aggregate to a specific place, becoming highly dynamic. It is to be noted that governance of public interests has already been exercised by corporations, which are profit-driven. Although these features were observed in mercantilism, the speed territorial borders and space frontiers are transposed gives the impression that there are no limits to the reach of transnational corporations, imposing a paradigmatic shift.

Keywords: Transnational corporations. Contemporary society. International relations

INTRODUÇÃO

Pela primeira vez desde a Paz de Westphalia (1648), os Estados estão deixando de ser os protagonistas no cenário global. Embora esse declínio seja gradual e multifatorial, muitos cientistas têm indicado como causa o apogeu das corporações transnacionais, que emergem como gigantes conglomerados financeiros capazes de controlar generosas fatias da sociedade. O argumento é reforçado com a constatação de que a concentração empresarial jamais foi tão grande: levantamento do Instituto Federal Suíço de Pesquisa Tecnológica aponta que 147 corporações controlam cerca de 40% do PIB global, cuja maior parte mantém sedes em “paraísos fiscais” a fim de ilidir a tributação estatal.

Da mesma forma, Markus Meinzer, do Tax Justice Network, aponta que, em 2012, brasileiros tinham mais de R\$ 1.5 trilhões depositados em paraísos fiscais,

recursos esses que escorrem de países em desenvolvimento e servem à especulação financeira que, não raras vezes, provoca crises econômicas e destabilizações sociais (EBC, 2015).

Essa metamorfose repercute em diversos âmbitos da sociedade contemporânea, e, a partir da economia, transforma a cultura, a política e o direito. A questão interessa especialmente ao direito seja porque os Estados-nação demonstram incapacidade em regular as relações comerciais transnacionais, seja porque a criação de tribunais para processar e julgar políticas governamentais que desinteressam às corporações (Investor-State Dispute Settlement) tem influído na maneira de pensar o direito.

Já constitui um truismo afirmar que as principais atividades econômicas são desempenhadas por poucas empresas, as quais atuam no espaço global sem se submeterem a governo ou a um sistema regulatório eficiente e efetivo. Pesquisadores como Ladislau Dowbor, François Chesnais, Immanuel Wallerstein e Joseph Stiglitz têm, cada um a seu modo, desenvolvido importantes análises sobre a concentração e o aumento do fluxo de recursos financeiros pelas corporações: o gigantismo e o desrespeito pelas fronteiras nacionais são características que lhes são imputadas sem controvérsias.

Contudo, quando se trata de analisar as corporações sob o prisma histórico, verifica-se relativa lacuna, uma vez que a maior parte dos autores adota marcos recentes, como a Revolução Industrial ou a Segunda Guerra Mundial. Daí porque o presente artigo adota um prisma distinto, preocupando-se em explorar a influência das corporações transnacionais a partir de uma perspectiva histórica, comparando os atributos e capacidades desses atores antes e depois da Revolução Industrial.

OS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DAS CORPORações TRANSNACIONAIS

Inexiste consenso científico sobre o período em que surgiram as corporações. Enquanto alguns pesquisadores acreditam que a primeira organização empresarial foi fundada em 578 d.C. no Japão, outros argumentam que o seu surgimento ocorreu no Império Romano, por influência de Justiniano, que delegava a construção de aquedutos, templos e estradas a “corpus” de pessoas (BERMAN, 1983, p. 215).

Embora não se negue a importância dessas perspectivas, adota-se o entendimento de que, para compreender o domínio do poder pelas corporações transnacionais, é necessário adotar um marco histórico mais recente, porquanto foi apenas com o advento do mercantilismo e das grandes navegações que essas organizações adquiriram dimensões relevantes e uma dinâmica singular.

Para Cretella Neto, a partir do século XVI, os europeus estabeleceram relações comerciais com as colônias americanas e orientais, utilizando-se de frotas de navios para transportar especiarias. Para tanto, organizavam viagens mediante a venda de ações para financiar o projeto e garantir a divisão dos lucros. Como as expedições eram cada vez mais recorrentes, constituíram-se corporações como a (Britânica) Companhia das Índias Orientais no hoje Reino Unido (British East India Company), as quais eram investidas de autoridade e delegação de seus Estados não apenas para negociar em nome destes, mas para conquistar e fazer a guerra (CRETELLA NETO, 2006, p. 2).

A Companhia (Britânica) das Índias Orientais, criada em 1600, foi a primeira do gênero, a qual foi seguida pela Companhia Holandesa das Índias Orientais, em 1602, que possuía autorização para disputar territórios em nome da própria Holanda. Diferentemente dos portugueses e dos espanhóis, potências marítimas e comerciais que adotavam uma estratégia estadista de desenvolvimento empresarial, bem como dos holandeses, que seguiam um modelo misto, os britânicos reservavam a exploração do Oriente à iniciativa privada, que atuava no interesse de seus acionistas – ingredientes que revolucionaram o conceito medieval de corporação, aproximando-o daquele hoje adotado.

Portanto, o monopólio dos Estados era ampliado mediante a atuação exploratória dessas corporações, as quais conquistavam novos territórios e garantiam a majoração das receitas públicas com o pagamento de impostos. A própria coroa britânica apoiava as incursões marítimas mediante a subscrição de capital nas viagens, interessando-se não apenas pelos lucros mas também na contraposição ao domínio náutico holandês e português.

Segundo Nick Robins, a Companhia das Índias Orientais pode ser considerada a progenitora das corporações transnacionais contemporâneas porque, em pouco mais de dois séculos e meio, ela erigiu ponte entre o mundo ocidental e as riquezas asiáticas. Contudo, o caráter pioneiro da Companhia torna-se mero detalhe histórico quando comparado com sua escala operativa: “seu império comercial se estendia

da Grã-Bretanha ao Golfo Pérsico e à Índia pela rota atlântica que contorna o cabo da Boa Esperança, com entrepostos comerciais, como a da ilha de Santa Helena, no meio do oceano – onde Napoleão, exilado, tomava café da Companhia –, e feitorias, como as de Basra e Gombroon (Bandar Abbas), no Oriente Médio” (ROBINS, 2012, p. 29).

Entretanto, por mais romântica que seja sua história, ela guarda importantes lições à humanidade. Para Nick Robins, “o abuso de poder de mercado, cobiça corporativa, impunidade judicial, exuberância irracional dos mercados financeiros e a destruição de economias tradicionais em uma região que não podia, então, ser classificada como mundo pobre ou em desenvolvimento”, podem ser imputados à Companhia das Índias Orientais. Por isso, e paradoxalmente, “as queixas mais comuns contra o capitalismo do final do século 20 e começo do 21 já tinham sido todas renunciadas na história da Companhia das Índias Orientais, mais de dois séculos atrás” (ROBINS, 2005).

Embora existam muitas semelhanças entre a Companhia das Índias Orientais e as corporações contemporâneas, também existem importantes diferenças de contexto. Enquanto o transporte aéreo e o desenvolvimento da telemática garantem a rápida transposição de fronteiras, uma viagem entre a Inglaterra e a Índia demorava cerca de dois anos, sem contar intercorrências variadas, como naufrágios, roubos, doenças e mortes. Além disso, a constituição de uma Companhia era um privilégio concedido pela Coroa, que editava Cartas Reais para atividades que mesclassem interesses públicos e privados³⁰¹, enquanto as transnacionais de hoje possuem pouco ou nenhum vínculo estatal. Com a proibição da formação de novas sociedades por ações a partir de 1720, a Companhia britânica manteve o monopólio das transações comerciais com o oriente, situação que lhe confere características distintas da miríade de concorrentes do cenário corporativo atual.

Outro ponto interessante é que, em 1780, uma fração muito pequena da humanidade era empregada pelas Companhias mercantilistas, mas elas desenvolviam operações militares, mantinham fortificações e representavam diretamente os interesses das Coroas na formação de seus impérios coloniais, e, com isso, substituíam o Estado. Com exceção de Portugal e Espanha, a expansão para a América, África

³⁰¹ Um dos poucos exemplos ainda existentes desse tipo de corporação é a British Broadcast Corporation – BBC, criada por Carta Real e até hoje eminentemente mantida por uma taxa denominada licença televisiva, paga pelos britânicos que possuem televisores e recebem sinal aberto em suas residências.

e Ásia foi proveitosa ao Reino Unido e à Holanda graças às suas Companhias, que atuaram como suas extensões armadas e políticas. Contudo, na atualidade, o domínio corporativo deixou de ser direto, e, por outro lado, ampliou-se significativamente, porquanto a maior parte da humanidade mantém vínculos de trabalho, consumo ou dependência com as grandes corporações transnacionais.

A capacidade de ampliar o espectro de influência relaciona-se com o uso eficiente do tempo que, na época do mercantilismo, já conferia às Companhias enorme concentração de riquezas mediante a célere transposição de distâncias geográficas.

A atenção e prestígio de que as navegações ao oriente gozavam reduziu significativamente no século XIX, quando o interior dos EUA e da Rússia começaram a ser explorados. E, se a Companhia das Índias Orientais, foi eficiente em dominar o comércio marítimo, as Companhias Ferroviárias americanas fizeram uso dos trilhos e da máquina a vapor para imprimir ritmo à corrida ao interior do continente em nome do progresso.

Essa importante invenção permitiu que o ser humano se movimentasse mais rapidamente, acelerando a transposição de distâncias e obstáculos geológicos, relativizando as restrições corpóreas, como o cansaço e o esforço. Não apenas os trabalhadores passaram a mobilizar-se com facilidade, mas o próprio comércio de mercadorias passou a ocorrer de maneira mais ágil. Dessa forma, pode-se dizer que as corporações transnacionais ascenderam ao mesmo tempo em que a Revolução Industrial beneficiou a humanidade com ferramentas capazes de lidar eficientemente com o tempo.

Calduch Cervera, por exemplo, categoriza as transformações das corporações transnacionais em três fases: a primeira, chamada de “período nascente” (1860 a 1914), caracteriza-se pelo surgimento de indústrias alimentícias e farmacêuticas como Nestlé, Lever e Bayer; a segunda, denominada “período de consolidação” (1914 a 1945), distingue-se pela ocorrência das duas grandes guerras e a ascensão do setor energético, o qual colaborou para o advento de corporações como a Shell, British Petroleum e Standard Oil; e a terceira fase, intitulada “período da universalização” (1945 a 1990), diferencia-se pela expansão norte-americana e a consolidação do setor automobilístico, petroquímico e tecnológico (CALDUCH CERVERA, 1991, p. 302-309).

Da mesma forma, Kawamura adota um marco histórico recente e assevera que a origem das empresas transnacionais remonta à fase de desenvolvimento do capi-

talismo industrial no fim do século XIX, porque neste período ocorreram notáveis avanços científicos, grande desenvolvimento da produção e da comercialização de produtos padronizados, de modo que as novas tecnologias produtivas (máquina a vapor), comunicativas (telégrafo e radiotelegrafo) e de transporte (ferrovias e navios a vapor) franquearam a comercialização em larga escala sem que as corporações perdessem o controle sobre os negócios desenvolvidos em outros territórios (2012, p. 38).

Cretella Neto assevera que, a partir de 1860, algumas empresas passaram a expandir-se além das fronteiras de suas nações, como, por exemplo, a alemã Friedrich Bayer & Co., que inicialmente dedicava-se à fabricação e comercialização de corantes sintéticos para tingimento de tecidos e instalou unidades fabris nos Estados Unidos, Rússia, França e Bélgica. No mesmo sentido, o autor elenca a empresa de máquinas de costura Singer Sewing Machines Corp., que instalou unidade fabril na Escócia e tornou-se a primeira empresa a fabricar e a comercializar um produto de massa, praticamente idêntico, com o mesmo nome na maior parte dos países (CRETELLA NETO, 2011, p. 4).

Contudo, o equívoco dessas categorizações parece ser a desconsideração do mercantilismo, que conduz à equivocada interpretação de que inexistiram corporações de âmbito global anteriormente a 1860, em franca desconsideração ao papel das referidas Companhias Orientais.

A DOMINAÇÃO CORPORATIVA E A INFLUÊNCIA NO DIREITO

Giovanni Arrighi e Beverly J. Silver (2001, p. 16) argumentam que o mundo viveu uma reorganização sistêmica e estrutural que culminou com a “emergência de um sistema de corporações transnacionais que não devem lealdade a país algum nem se sentem em casa em nenhum deles” e que tem praticamente aniquilado com os Estados concebidos como unidades econômicas. Para eles, a expansão das operações estrangeiras das corporações impulsionou um processo próprio, de modo que a perda de poder dos Estados diante das forças econômicas supranacionais ganhou o nome de globalização.

Os enormes fluxos de capital privado passaram a intimidar as autoridades e as impedir de executar qualquer esforço contra si, fazendo com que a intensificação da competição pelo capital global e a aparente impossibilidade de oposição às forças privadas e desterritorializadas das corporações constituíssem uma “hegemonia vindoura dos mercados globais” que influencia inclusive na segurança (ARRIGHI, 2001, p. 16).

Entre aqueles que reconhecem uma transformação no domínio do poder, verifica-se um grupo que defende o surgimento de uma economia transnacional que limita o poder dos Estados e enfraquece a sua capacidade regulatória. Essa posição é apoiada na constatação de que embora as empresas norte-americanas se apropriem da renda dos países estrangeiros onde se instalem, estas não tem causado um equivalente aumento de renda em favor dos norte-americanos ou de seu governo. Ao contrário, comumente tem-se relatado na imprensa a fuga destes capitais para paraísos fiscais devido a instabilidades econômicas ou simplesmente para elidir regimes tributários.

Inexistindo uma nação hegemônica que centralize a economia e as finanças mundiais, a reorganização do poder global provocou uma situação de ausência de governabilidade mundial, vazio este que atende aos interesses do capital, que se alimenta da falta de regulação para poder esgueirar-se mais facilmente entre os regimes jurídicos.

Assim, do ponto de vista macro, as corporações ampliaram sua presença para praticamente todos os territórios comercialmente interessantes do planeta, elidindo sistemas jurídicos nacionais e políticas tarifárias e forçando a abertura de um espaço global caracterizado por uma relativa livre circulação de recursos, serviços e conhecimento. Atualmente, os carteis influenciam na atividade política partidária (mediante lobistas) e estão presentes em praticamente todos os segmentos e níveis comerciais. Nesse âmbito, os atores privados desempenham papel preponderante, porque conseguem esgueirar-se entre as brechas do sistema e camuflar-se mais facilmente frente a opinião pública.

Segundo Dowbor, “a captura da área jurídica adquiriu imensa importância, e se dá por várias formas”, como, por exemplo, a tentativa dos bancos brasileiros de afastar suas atividades do alcance da legislação consumerista e os acordos “pelos quais as corporações pagam uma multa mas não precisam reconhecer a culpa,

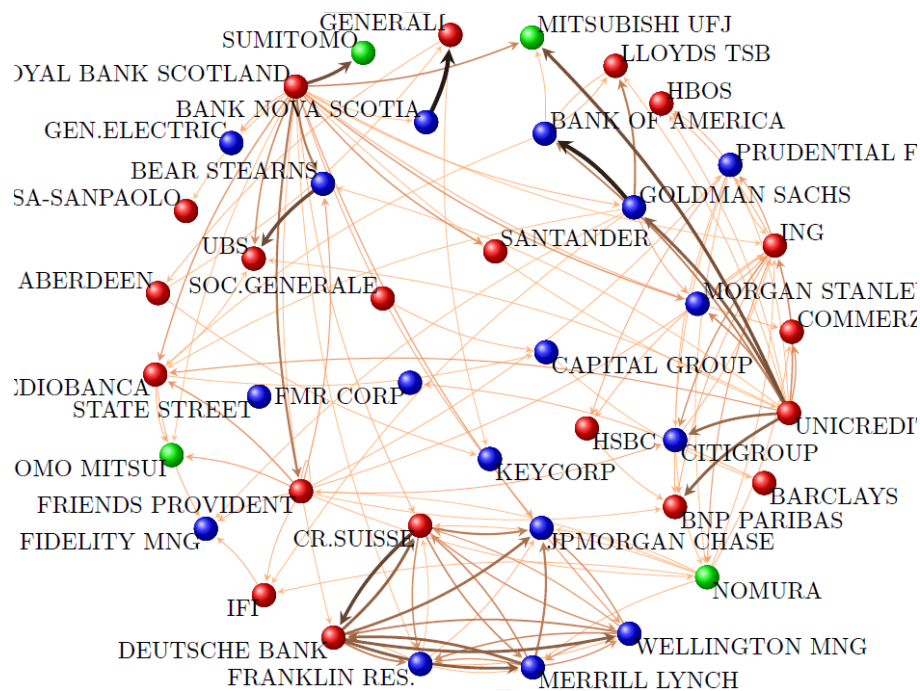
evitando assim que os administradores sejam criminalmente responsabilizados” (DOWBOR, 2016).

O caso da crise imobiliária americana de 2008 chama também a atenção, porquanto vários banqueiros causaram a ruína da economia global sem que fossem responsabilizados pelas condutas. Dowbor cita o caso da GSK, gigante farmacêutica que celebrou acordo com a justiça americana para compensar fraude em medicamentos: “a notícia da condenação por fraude que atingiu milhões de pacientes não causou prejuízo significativo à empresa, cujas ações subiram ao se constatar que tinha lucrado com a fraude mais do que o valor da multa. Os aplicadores financeiros consideraram que o seu dinheiro fora bem defendido. Esta desresponsabilização é hoje generalizada, abrindo uma porta paralela de financiamento de governos graças às ilegalidades” (DOWBOR, 2016).

Além disso, em 2012, descobriu-se que o poder das corporações é exercido por meio de uma intrincada rede. Para quantificá-lo, os pesquisadores do Instituto Federal Suíço de Pesquisa Tecnológica selecionaram os 43 mil grupos econômicos mais importantes em 11 países e estudaram as interligações cruzadas entre eles a fim de estabelecer um organograma de fusões e domínios. O resultado, apontado por Ladislau Dowbor, é que “37 grupos apenas controlam 80% do mundo corporativo, sendo que nestes um núcleo de 147 controla 40%”, ou seja, estes gigantes “não precisam controlar diretamente o processo decisório, seguram o sistema, digamos assim, pelas partes delicadas, que é o acesso aos recursos” (DOWBOR, 2016).

A figura abaixo é apresentada pelos pesquisadores suíços como uma amostra da rede financeira internacional, onde cada ponto representa a principal instituição do núcleo e as ligações caracterizam as relações entre elas. A espessura das ligações caracteriza a sua relevância e as cores indicam as seguintes áreas geográficas: UE (vermelho); EUA (azul); outros países (verde).

Figura 1 - Exemplo de conexões financeiras entre corporações transnacionais



Fonte: (VITALI et al., 2017).

A pesquisa suíça mostra uma alta conectividade, com muitas mútuas participações cruzadas, o que indica que o setor financeiro é fortemente interdependente, e torna a rede vulnerável a instabilidades sistêmicas (VITALI et al., 2017).

O dado é ratificado pelo banco Credit Suisse, que recentemente revelou que o 1% mais rico da população possui mais riquezas que todo o resto do mundo junto. Concomitantemente, “a riqueza detida pela metade mais pobre da humanidade caiu em um trilhão de dólares nos últimos cinco anos”, fatos que evidenciam que “vivemos hoje em um mundo caracterizado por níveis de desigualdade não registrados há mais de um século” (OXFAM, 2016).

Para Dowbor (2016, p. 39), não haveria necessidade deste pequeno grupo de empresários elaborar conluios misteriosos para dominar o mundo, nem mesmo conspirar para que os mecanismos de mercado operem em seu favor: trata-se de um número tão limitado que “são pessoas que se conhecem no campo de golfe ou no Open de Tênis da Austrália”, ou seja, ocupam determinados espaços da sociedade que lhes permitem discutir e interferir nos mais variados âmbitos. E, quando os

fragmentados Estados buscam aumentar os tributos ou regular os paraísos fiscais, a reação das corporações é extremamente coordenada.

Limitar o poder das corporações transnacionais ou ao menos reorientar a lógica econômica global é, para Dowbor (2016), “pouco viável, tanto pela dimensão, como pela estrutura organizacional sofisticada de que hoje dispõem, além evidentemente dos sistemas de controle sobre a política, o judiciário, a mídia e a academia – e, portanto, a opinião pública”. Este dramático cenário de apropriação de instâncias públicas e da sociedade civil tem reforçado a desigualdade social, travado o crescimento econômico e engessado a capacidade para o desenvolvimento do bem-estar por parte dos Estados.

Com o controle das cadeias de abastecimento, distribuição, finanças e produção, as corporações transnacionais provaram ser capazes de combinar territórios distintos para gozar das vantagens dos diferentes sistemas jurídicos. Por meio de complexas redes, formam alianças, parcerias e fusões, aumentando o controle e a influência de recursos em gestão, tecnologia e capital. E, dentro da própria categoria, frente às produtoras de bens e serviços, levam vantagem as gigantes do sistema financeiro, que se tornaram credoras tanto do setor público quanto do privado – sem jamais ter efetivamente produzido.

Verifica-se, assim, que a humanidade tem caminhado para um estágio em que a governança global é exercida pelas corporações, as quais se tornaram brutamontes articuladas que se assemelham a governos no sentido do domínio do poder político, mas que, ao invés de estarem orientadas à *res publica*, tutelam uma *res mercatoria*.

O verdadeiro problema é que o futuro da humanidade depende da substituição da economia “suicida” para uma lógica que esteja a serviço da vida. Nesse sentido, Korten argumenta que uma economia efetivamente democrática não pode coexistir ao lado de corporações, mercados financeiros globais, valores mobiliários especulativos, monopólios privados não regulamentados, gigantesca dívida pública internacional, propriedade estrangeira dos ativos nacionais, externalização sistêmica de custos e empresas que são grandes demais para quebrar (KORTEN, 2015). O processo precisa ser orientado de forma urgente, ainda que isso pareça politicamente impossível.

CONCLUSÃO

O presente trabalho dedicou-se a inicialmente apontar os elementos históricos das corporações transnacionais, ressaltando suas similitudes com as Companhias das Índias Orientais. Verificou-se que, muito embora as corporações contemporâneas exerçam um domínio social mais amplo, as companhias mercantilistas foram suas progenitoras, atuando em vastas áreas do globo e servindo de *longas manus* dos Estados.

Após, apresentaram-se delineamentos acerca da dominação pelas corporações, cujo gigantesco poder econômico é capaz de sujeitar as decisões políticas dos Estados. Desse modo, indicaram-se dados e características das corporações contemporâneas, apontando-se as ferramentas utilizadas por esses atores para levar a efeito o domínio.

Concluiu-se que as corporações, além de exercerem poder em diversas facetas da vida social, influenciando na criação e efetividade do direito, causam instabilidade financeira sistêmica, escondendo-se em argumentos como “grandes demais para quebrar”.

Na verdade, as recorrentes crises financeiras globais têm demonstrado que o alto grau de interconexão do sistema não ilide os problemas corporativos, servindo apenas como artifício para afastar as tentativas de reorientação paradigmática ou de regulação governamental. Afinal, a sociedade teme o desconhecido e as repercussões de uma crise de grandes proporções e prefere manter o jogo inalterado. Por outro lado, embora sejam suscetíveis à quebra, as corporações assemelham-se a um monstro mitológico antropofágico e imortal, cuja cabeça dá lugar a duas novas a cada decapitação.

REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Giovanni; SILVER, Beverly J. **Caos e governabilidade no moderno sistema mundial**. Rio de Janeiro: Contraponto; Editora UFRJ, 2001.

BERMAN, Harold Joseph, **Law and revolution** (vol. 1) : The Formation of the Western Legal Tradition , Cambridge: Harvard University Press, 1983.

CALDUCH CERVERA, Rafael. **Relaciones internacionales**. Madrid: Ediciones Ciencias Sociales, 1991.

CRETELLA NETO, José. **Empresa transnacional e direito internacional**: exame do tema à luz da globalização. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DOWBOR, Ladislau. **A captura do poder pelo sistema corporativo**. Disponível em: <<https://dowbor.org/2016/06/a-captura-do-poder-pelo-sistema-corporativo.html/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. **Governança corporativa**: o caótico poder dos gigantes financeiros. Revista Pesquisa & Debate. São Paulo. v. 27. n. 2. dez. 2016. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/31350/21850>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

_____. **Juros extorsivos no Brasil**: como o brasileiro perdeu seu poder de compra / Ladislau Dowbor. — Imperatriz, MA: Ética, 2016.

EBC. **Paraísos fiscais guardam mais de R\$ 1 trilhão do Brasil**. Disponível em: <http://radioagencianacional.ebc.com.br/economia/audio/2015-04/paraiss-fiscais-guardam-mais-de-r-1-trilhao-do-brasil>. Acesso em: 18 ago. 2017.

KAWAMURA, Karlo Koiti. **Atores das relações internacionais e o protagonismo das empresas transnacionais**: possibilidades e limites dos regimes inernacionais como instrumentos de sua regulamentação. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/96176>>. Acesso em: 16 jan. 2017.

KORTEN, David C. **When corporations rule the world**. London: Earthscan, 2015.

OXFAM. **Uma economia para o 1%**. Disponível em: <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/bp210-economy-one-percent-tax-havens-180116-summ-pt.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2017.

ROBINS, Nick. **A corporação que mudou o mundo**: como a Companhia das Índias Orientais moldou a multinacional moderna. Tradução Pedro Jorgensen. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

_____. **Em má companhia**. Tradução Paulo Migliacci. 2005. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1302200508.htm>. Acesso em 18 ago. 2017.

VITALI S., GLATTFELDER, J.B; BATTISTON, S. **The Network, of Global Corporate Control – Chair of Systems Design**, ETH Zurich. Disponível em: <<http://j-node.blogspot.com/2011/10/network-of-global-corporate-control.html>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

27

A GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS E O DIREITO A CIDADES SUSTENTÁVEIS

*Ana Maria Foguesatto*³⁰²

*Daniel Rubens Cenci*³⁰³

Resumo: O presente estudo faz uma análise acerca da proteção jurídica do meio ambiente urbano, a sustentabilidade nas cidades, e a gestão dos conflitos socioambientais no espaço urbano. O estudo visa investigar as principais consequências advindas da sociedade de consumo e da poluição ambiental urbana, que através do crescimento populacional desordenado juntamente com o estilo de vida voltado ao consumo, se tornou um desafio a ser enfrentado pelas cidades. Nessa seara busca frisar a importância da educação ambiental para a conscientização e diminuição da produção de resíduos sólidos, objetivando uma sociedade mais sustentável e com qualidade de vida. Nesse rumo busca identificar os instrumentos de gestão e demais elementos constitutivos dos planos de gestão integrada de resíduos sólidos enquanto instrumentos de gestão urbana. A instituição da PNRS através da Lei nº 12.305/2010 é um marco para avanços na gestão dos resíduos sólidos em todo o Brasil.

Palavras-chave: Cidade; Consumo; Resíduos sólidos; Sustentabilidade.

302 Aluna do Curso de Mestrado em Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, bolsista CAPES. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. E-Mail: anafoguesatto@hotmail.com.

303 Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais e Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ; Orientador. E-MAIL: danielr@unijui.edu.br.

Abstract: The present study analyzes the legal protection of the urban environment, sustainability in cities, and the management of social and environmental conflicts in urban space. The study aims to investigate the main consequences of consumer society and urban environmental pollution, which through disorderly population growth coupled with a consumer-oriented lifestyle has become a challenge to be faced by cities. In this seara, it seeks to emphasize the importance of environmental education for the awareness and reduction of solid waste production, aiming at a more sustainable society with quality of life. In this direction, it seeks to identify the management tools and other constituent elements of the integrated solid waste management plans as urban management tools. The institution of PNRS through Law 12305/2010 is a milestone for advances in the management of solid waste throughout Brazil.

Keywords: City; Consumption; Solid Waste; Sustainability.

INTRODUÇÃO

Os conflitos socioambientais urbanos em decorrência do crescimento desordenado das cidades. As considerações acerca da proteção jurídica ambiental urbana, traz para o debate diversos aspectos, como a construção de instrumentos jurídicos para auxílio na resolução dos problemas urbanos.

O estilo de vida das pessoas na sociedade atual apresenta mudanças repentinas, dando novos contornos ao dia a dia. Expõe –se de que forma o modo de vida das pessoas, na atualidade, fora facilitado através da maior oferta de bens e serviços trazidos pelos avanços industriais e tecnológicos, acarretando, no entanto, em padrões de consumo que nem sempre atendem as normas de sustentabilidade ambiental. Apresenta-se um apanhado sobre a temática da educação ambiental nas relações de consumo e as implicações para a sustentabilidade nas cidades, a degradação do meio ambiente e a perda da qualidade de vida.

Se analisa os problemas ecológicos e sociais enfrentados pelas cidades, especialmente no que refere ao modo de vida voltada ao consumo. As mudanças necessárias para a mitigação ou solução dos problemas, exigem mudanças no campo

jurídico, na educação ambiental e na própria compreensão das relações do homem X natureza, bem como caminhos para a proteção dos recursos naturais, a qualidade de vida nas cidades e a busca da sustentabilidade, em suas múltiplas dimensões.

A instituição da Política Nacional dos Resíduos Sólidos através da Lei nº 12.305/2010 é um marco de grande importância para avanços na gestão dos resíduos sólidos em todo o Brasil, pois traz um conjunto de normas, princípios e diretrizes, os quais são necessários para mudanças do cenário ambiental urbano.

METODOLOGIA

Para a consecução do presente trabalho, optou-se metodologicamente em estudos e pesquisas bibliográficas e análise de as e revistas especializadas, disponíveis em meios físicos e eletrônicos, bem como na legislação correspondente, buscando utilizar fontes referenciais de informações para fim de estruturar as abordagens do estudo.

CIDADES SUSTENTÁVEIS

Pensar em direito ambiental urbano engloba refletir sobre instrumentos de gestão através da atuação do poder público em regularizar e prover as questões ambientais de interesse público social. Abrange questões de ocupação, uso e transformação do solo, promovendo direito de espaço e moradia, sustentabilidades e infraestrutura para a população. O direito ambiental urbanístico surgiu no Brasil com o objetivo de regular os problemas socioambientais a fim de preservar o equilíbrio ambiental proporcionando, assim, melhores condições de vida aos cidadãos que habitam as cidades.

Defender e preservar o meio ambiente hoje para que ele não perca o equilíbrio e essência para as gerações futuras, que este continue trazendo qualidade de vida a população, por meio de seus recursos naturais. Pois se trata de um dever do Estado e direito de todos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 traz a norma de preservação do meio ambiente como um bem de uso comum da sociedade, com finalidade de preservar recursos naturais e com mecanismos legais de proteção ambiental. Em seu capítulo VI, a CF/88 trata do meio ambiente e, em seu artigo 225 traz:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2017)

Esta norma é considerada como um dos direitos fundamentais da pessoa humana, mesmo sem estar elencado nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal, onde fala dos Direitos Individuais e dos Direitos Sociais. Pois, com um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conseqüentemente, se terá uma melhor qualidade de vida para todos, visto que os recursos advindos da natureza são requisitos básicos e indispensáveis para a vida humana, sendo em área rural ou urbana. Vale ressaltar que é um direito de todos garantido constitucionalmente, portanto, ao assegurar um meio ambiente saudável e equilibrado, logo estará sendo protegido tanto o direito individual à vida, como também os direitos fundamentais coletivos e os econômicos sociais.

É pensando em cidades sustentáveis, que começamos a notar as ações do ser humano, e é por aí que devem começar as mudanças, da relação homem e natureza. Observa-se que a grande concentração populacional está nas áreas urbanas e os hábitos de uma vida voltada ao consumo, está gerando um aumento significativo da produção de resíduos sólidos. Nesse sentido expõe Daniela da Rosa Molinari (2015, p. 93):

O espaço urbano é um misto de luxo e de lixo, da riqueza e da pobreza, do limpo e do sujo, da inclusão à exclusão, da preocupação da limpeza nos centros das cidades ao esquecimento da população da periferia, uma mistura entre a arquitetura moderna dos shoppings e prédios que predomina o vidro, o aço, as formas retas à arquitetura pobre e feia dos lixões a céu aberto.

O uso adequado do meio ambiente para garantia da qualidade de vida é assegurado por Lei para que não haja abuso de poder público ou privado. Essa qualida-

de de vida está relacionada com as Leis de Direito Ambiental, que visam proteger a saúde do planeta e o bem estar de toda coletividade. Os diferentes estilos de vida do mundo moderno contribuem diretamente à degradação ambiental, logo precisamos que não somente o Estado através de suas normas protejam os recursos naturais essenciais a sadia qualidade de vida, mas que a sociedade também leve uma vida dentro das possibilidades ecológicas do meio ambiente.

A qualidade de vida nas palavras de Sarno (2004, p. 96):

Qualidade de vida engloba muito mais que a mera sobrevivência da espécie. Refere-se à vivência em sua plenitude, na qual o ser usufrua de tudo que for necessário para, além da sobrevivência física, obter a realização de suas finalidades. Assim, todos os seres vivos necessitam ser abastecidos por elementos que garantam a sua vida: ar, água, alimentos, sol etc. se tais elementos existem e seus componentes estão em razoável equilíbrio, se a degradação e a poluição não alteraram substancialmente suas características, seu corpo físico sobreviverá. Entretanto, poderá estar vivendo com ausência ou insuficiência de qualidade.

Tanto a Constituição Federal como o Estatuto da Cidade possuem dispositivos em seu texto legal que garantem o equilíbrio ambiental e a qualidade de vida para a população, assegurando e orientando para o bom uso dos recursos naturais como função social da comunidade, para o bem da coletividade.

Planeta saudável, vida saudável, como ensina Sarno (2004, p. 96) “[...] Saudável é aquilo que possui saúde. Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental ou social, não apenas a ausência de doenças e enfermidades (NRB 9.896/93, p. 85) [...]” Logo, para que isto aconteça é necessário que haja implementação de uma política urbana amparada pela Lei e pelos princípios norteadores para dar a sociedade melhores adequações como habitação, alimentação, saneamento, entre outros, a fim de manter a boa qualidade de vida e para que não haja o aumento e a proliferação de problemas socioambientais.

É possível, dentro do espaço urbano, através do Poder Público, sendo este responsável pela gestão de serviços vinculados a melhoramentos nas cidade no que tange a um ambiente saudável e a boa qualidade de vida, estabelecendo um grau de eficácia nesta gestão, visto que as cidades possuem diferenças umas das outras, cada uma tem suas necessidades específicas, sendo de relevância um estudo de

variável, para então poder analisar a situação de qualidade de vida através também de diferentes visões de realidade.

É importante saber que os diferentes estilos de vida contribuem diretamente à degradação ambiental, por isso, se faz necessário que a sociedade leve a vida dentro das possibilidades ecológicas oferecidas pelo meio ambiente.

A sociedade de consumo dos dias atuais é conhecida como capitalista, uma sociedade mais moderna e voltada a área industrial, trazendo uma nova visão de cultura, o que nos leva a questionar a atividade de produção e de consumo, tendo ambas as mesmas características, porém, o que as diferencia é o destaque e primazia dado a cada uma. A sociedade de consumo para Portilho (2010, p. 76-77):

O consumidor de hoje é diferente dos consumidores das outras fases da sociedade moderna. Esse estilo de vida baseado na capacidade e na vontade de consumir revela-se como um livre exercício da vontade, onde os consumidores se sentem no comando. Assim, a Sociedade de Consumo pode ser definido a partir não só das diferenças na maneira como as pessoas satisfazem suas necessidades, mas também das diferenças nos sonhos, esperanças e aspirações. [...]

O crescimento da população em áreas urbanas fez com que aumentasse significativamente os níveis de consumismo, isso porque as necessidades do homem urbano juntamente com suas atividades, torna-se mais prático à ele, consumir produtos industrializados, usar diversos aparelhos eletrônicos, entre outros produtos que o mercado oferece afim de facilitar a vida do homem moderno, porém, este fator de consumo abusivo está contribuindo na mudança do quadro ambiental, ameaçando a saúde do planeta.

Os consumidores em geral são os principais responsáveis por este processo no qual o meio ambiente se encontra, porém a ele cabe solucionar tal problemática, sendo que, esclarece Portilho (2010, p. 164), “[...] ações individuais conscientes, bem informadas e motivadas por “valores ambientalizados”, aparecem como uma nova estratégia para produzir mudanças em direção à utopia da sociedade sustentável. [...]”

O princípio da informação ambiental é a principal referência no que tange a educação ambiental, logo sem informações, não há o que se falar em educar. A

educação ambiental e a fiscalização ambiental são excelentes instrumentos a serem aplicados para proteção ao meio ambiente.

A educação ambiental contribui para conscientizar a população a preservação do meio ambiente, para que estes se tornem aptos a tomar decisões no coletivo. Essa contribuição é necessária para o desenvolvimento sustentável de uma sociedade. O conceito de Educação Ambiental encontrasse elencada no artigo 1º da Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999:

Art. 1º Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. (BRASIL, 2016)

É notável que a educação ambiental está assumindo os problemas socioambientais de maneira efetiva, a fim de buscar um equilíbrio entre o homem e a natureza, com vista à construção de um futuro melhor e mais saudável para todos, não deixando de lado o desenvolvimento das cidades e o progresso das mesmas. Neste sentido, a educação ambiental é ferramenta fundamental nesta busca de desenvolvimento sustentável, na solução das questões ambientais, através da disciplina e da participação de cada indivíduo perante a sociedade.

A falta de educação ambiental e de conhecimento da população em geral, aliada a uma sociedade consumista, leva ao uso incorreto dos recursos naturais, gerando inúmeros problemas socioambientais, dentre eles o acúmulo de resíduos sólidos, o que libera substâncias tóxicas para o ar, solo e água, logo prejudicando a saúde de toda a sociedade. Assim, se faz necessário estudos prévios de impactos ambientais urbanos, pra que estes auxiliem no planejamento sustentável das cidades.

A ideia de consumo sustentável vem com o objetivo de diminuir impactos no meio ambiente. Pode ser executada através da mobilização da população, em práticas como diminuir o consumo, tão logo o desperdício, a separação do lixo, bem como a reciclagem. Estes movimentos sustentáveis objetivam a preservação dos recursos naturais, para então atingir um melhor nível de qualidade de vida, protegendo assim, a saúde do nosso planeta.

GESTÃO DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Resíduos significa as sobras de alguma substância, sólido é para diferenciar dos líquidos e gasosos, e a palavra lixo significa resto, logo resíduos sólidos e lixo significam a mesma coisa. O local onde há lixo, em contato direto com solo sem o devido tratamento, torna-se um ambiente perfeito para proliferação de doenças nocivas à saúde do homem.

Os resíduos sólidos não são muito divulgados e discutidos pelo poder público acerca de seus efeitos como agente poluidor, pelo fato deste não ser tão incômodo como os resíduos gasosos e líquidos. No entanto, tal questão vem ganhando contornos surpreendentes nos dias de hoje, devido a fatores do aumento do consumo de produtos industrializados, como também o aumento da população nas cidades, cresceram os níveis tóxicos de contaminação poluente por resíduos sólidos, ameaçando a saúde humana e a saúde do planeta.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) é regida pela Lei nº 12.305 de 02 de agosto de 2010, é parte integrante da Política Nacional do Meio Ambiente. Tal legislação foi criada com a finalidade de proteção ao meio ambiente urbano, objetivando a redução da produção de resíduos sólidos, através de instrumentos próprios de sustentabilidade, para que haja reciclagem, reaproveitamento de resíduos sólidos, e ainda o destino adequado pra o que não mais se pode reutilizar.

Nos termos da Lei e em consonância com o texto constitucional, estão sujeitas à observância desta Lei as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos e as que desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao seu gerenciamento. (MILARÉ, 2011, p. 860)

O conceito de resíduo sólido, de acordo com Machado (2005, p. 546):

O termo “resíduos sólidos”, como o entendemos no Brasil, significa lixo, re-fugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividade da comunidade, mas não inclui materiais sólidos ou dissolvidos nos esgotos domésticos ou outros significativos poluentes existentes nos recursos hídricos, tais como a lama, resíduos sólidos dissolvidos ou suspensos na água,

encontrados nos efluentes industriais, e materiais dissolvidos nas correntes de irrigação ou outros poluentes comuns da água.

Os resíduos sólidos encontram-se legalmente conceituados pela Lei nº 12.305/2010, no artigo 3º, inciso XVI:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível. (BRASIL, 2017)

O lixo pode ser considerado da concepção humana, no entanto em se tratando de um processo natural não há que se falar em lixo, apenas em produtos inertes. Logo, certos tipos de lixo podem ser reutilizados, reciclados, desde que seja tratado de forma adequada, o que contribui a não poluição ambiental. Porém, outros resíduos, não podem ser reutilizados de forma alguma, como por exemplo o lixo hospitalar, a este se deve um destino correto, em locais onde podem ser adequadamente tratados, em aterros sanitários e ainda em incineradores.

Então, podemos dizer que resíduos sólidos são restos da atividade do homem, que aparentemente não há mais utilidade, e a alguns anos atrás era assim que se pensava e agia em relação os resíduos, que o que sobrava já não tinha mais utilidade ou ainda valor econômico, no entanto nos dias atuais é impressionante como ainda podemos reutilizar certos produtos para fins diversos, direta e indiretamente.

Os resíduos sólidos podem ser classificados de acordo com a sua origem, tipo, a sua composição e também pelo grau de periculosidade de apresentar. A responsabilidade da coleta dos resíduos e a sua destinação, não é apenas do Estado ou do Município, pode variar de acordo com a necessidades de cada cidade, bem como as leis específicas de cada Estado e Município.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos estabelece regras para gestão e gerenciamento de resíduos sólidos em toda sua amplitude, a nível nacional e local, tem por objetivos orientar a população dentro da educação ambiental, na redução, reu-

tilização, reciclagem bem como tratamento adequado de resíduos sólidos, estimular um padrão de vida sustentável em relação ao consumo, visando proteger a saúde pública e a saúde ambiental, para assim, ter uma melhor qualidade de vida. A Lei nº 12.305/2010, em seu artigo 7º, estabelece estes e entre outros objetivos.

Existem vários e excelentes instrumentos de políticas públicas disponíveis para enfrentar os desafios nas questões ambientais nas cidades. Cabe ao governo e a sociedade, através de seus gestores públicos, promover a integração desses instrumentos. Nisso se faz necessário que governo e sociedade caminhem juntos para que além do conhecimento da legislação de políticas públicas, possam melhor trabalhar no desenvolvimento e planejamento do processo de gestão do espaço urbano, na busca de um ambiente limpo e saudável e para o controle social, nessa seara fica evidente a importância da participação efetiva da população.

Para que haja sustentabilidade nos ambientes urbanos se faz necessário observar a questão de gerenciamento dos resíduos sólidos, conforme disposto na Lei nº 12.305 de 2010, art. 9º, “na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos”. (BRASIL, 2016)

Um dos mais graves problemas é o crescimento da produção de lixo e o seu acúmulo em lugares inapropriados e sem tratamento, o qual, pode proliferar muitas doenças ao ser humano e ao meio ambiente. O lixo pode ter origem domiciliar, industrial, hospitalar e tecnológico.

O lixo urbano tem com destino adequado o aterro sanitário, porém, já não é mais o suficiente para o cumprimento da Lei, fazendo-se necessário a redução, reutilização e reciclagem e o tratamento dos resíduos, no entanto, esse tratamento a ser dado para os gases poluentes é muito caro, por isso que é importante a conscientização de toda a população, a fim de que, de uma forma ou outra, se reduza a produção de lixo, como por exemplo através da coleta seletiva e da reciclagem, até porque, uma vez gerados não perdem totalmente o seu valor.

A separação dos resíduos sólidos contribui para o processo de reciclagem, pois cada tipo de resíduo tem um processo próprio. Reciclar é a transformação de materiais usados em novos produtos para o consumo. O processo de reciclagem, é um método de preservar o meio ambiente, os materiais que mais são reciclados é o vidro, alumínio, papel e o plástico. A reciclagem contribui colabora diretamente para

a diminuição da poluição em geral e também gera mais empregos. A reciclagem hoje também é gerador de riquezas, e até mesmo o setor industrial está reciclando materiais, visto que reduz os custos de produção.

Os resíduos sólidos são coletados e encaminhados por meio de transporte adequado a um local de transferência, onde passará por um tratamento para logo sua disposição final. Tal procedimento garante que os resíduos não se acumulem em meio a população, diminuindo assim a possibilidade de impactos ao meio ambiente e à saúde pública. A responsabilidade por essa fase é do poder público, com exceção dos grandes geradores, neste caso o próprio gerador deve responsabilizar-se com o manejo adequado de seus resíduos.

OS PLANOS DE GESTÃO INTEGRADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS CONFORME A LEI Nº 12.305/2010

A partir da vigência da Lei nº 12.305/2010 que rege a Política de Resíduos Sólidos, é obrigatório à todos os municípios brasileiros terem um Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos – PGIRS, onde deverá constar planos com soluções técnicas para os problemas que cada município apresentar em sua particularidade.

Para que os municípios consigam obter um melhor resultado nesta gestão ambiental urbana é necessária a observância do artigo 14 da Lei nº 12.305/2010, no qual os planos de resíduos sólidos podem se dar em seis níveis, planos nacional, estaduais, microrregionais, intermunicipais, municipais e os planos de gerenciamento em geral, conforme segue:

Art. 14. São planos de resíduos sólidos: I - o Plano Nacional de Resíduos Sólidos; II - os planos estaduais de resíduos sólidos; III - os planos microrregionais de resíduos sólidos e os planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas; IV - os planos intermunicipais de resíduos sólidos; V - os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos; VI - os planos de gerenciamento de resíduos sólidos. (BRASIL, 2017)

Milaré (2011, p. 867), ressalva em sua obra, o parágrafo único do artigo 14 da referida Lei, expondo que “a lei assegura ampla publicidade ao conteúdo dos planos

de resíduos sólidos, bem como controle social em sua formulação, implementação e operacionalização”.

Conforme o Guia para elaboração dos Planos de Gestão, tratando-se de Resíduos Sólidos, criado em 2011, expõe-se que:

Na ênfase dada pela Lei 12.305 ao planejamento, em todos os níveis, o Plano Nacional de Resíduos Sólidos assume importância fundamental, por apontar, com suas diretrizes, estratégias e metas, as ações que se farão necessárias para a implementação dos objetivos nacionais, conformando os acordos setoriais, a logística reversa e as prioridades que têm que ser adotadas. Pode, com isso, exercer forte papel norteador do desenvolvimento dos outros planos de responsabilidade pública, influenciando, inclusive os planos de gerenciamento de resíduos sólidos exigidos de alguns dos geradores.

Tais metas, diretrizes, estratégias e ações que implementam o Plano Nacional de Resíduos Sólidos, encontram-se amparadas pelo artigo 15 da Lei nº 12.305/2010. Ter-se-á o prazo de vigência indeterminado, este deve ser considerado para 20 anos de atividades de gestão, sendo atualizado a cada 4 (quatro) anos, ainda em seu parágrafo único, “o Plano Nacional de Resíduos Sólidos será elaborado mediante processo de mobilização e participação social, incluindo a realização de audiências e consultas públicas”. (BRASIL, 2016).

Planos estaduais de resíduos sólidos, é quando cabe ao Estado trabalhar com instrumento de gestão de resíduos, como será o seu planejamento dentro de toda extensão territorial que lhe compete. De acordo com o artigo 16 da Leis de Resíduos Sólidos, é através dos planos de gestão que os estados terão acesso aos recursos da União que são destinados para serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos.

Os prazos de vigência de atividade constam iguais aos planos Nacionais e tem como conteúdo o que abrange os incisos do artigo 17 da Lei nº 12.305/2010:

I - diagnóstico, incluída a identificação dos principais fluxos de resíduos no Estado e seus impactos socioeconômicos e ambientais; II - proposição de cenários; III - metas de redução, reutilização, reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de resíduos e rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada; IV - metas para o aproveitamento energético dos gases gerados nas unidades de disposição final de resíduos sólidos; V - metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; VI - programas, projetos e ações para o atendimento das metas previstas; VII - normas e condicionantes técnicas para o acesso a

recursos do Estado, para a obtenção de seu aval ou para o acesso de recursos administrados, direta ou indiretamente, por entidade estadual, quando destinados às ações e programas de interesse dos resíduos sólidos; VIII - medidas para incentivar e viabilizar a gestão consorciada ou compartilhada dos resíduos sólidos; IX - diretrizes para o planejamento e demais atividades de gestão de resíduos sólidos de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; X - normas e diretrizes para a disposição final de rejeitos e, quando couber, de resíduos, respeitadas as disposições estabelecidas em âmbito nacional; XI - previsão, em conformidade com os demais instrumentos de planejamento territorial, especialmente o zoneamento ecológico-econômico e o zoneamento costeiro, de: a) zonas favoráveis para a localização de unidades de tratamento de resíduos sólidos ou de disposição final de rejeitos; b) áreas degradadas em razão de disposição inadequada de resíduos sólidos ou rejeitos a serem objeto de recuperação ambiental; XII - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito estadual, de sua implementação e operacionalização, assegurado o controle social. (BRASIL, 2016)

Sendo assim, o plano estadual de resíduos sólidos, devido sua importante relevância, deve fazer parte também de outras políticas públicas, pois, o Estado tem poder de disciplinar a relação da gestão em todo o território. Este plano estadual deverá ter como objetivos, apontar caminhos e orientar os cidadãos na busca de um meio ambiente mais saudável. Assim sendo, é possível visualizar a necessidade de o Estado contribuir diretamente para a execução destes planos e, ao absorver estas informações, o Estado do Rio Grande do Sul publica seu plano Estadual de Resíduos Sólidos³⁰⁴ (2014), no qual consta que, “o estado do Rio Grande do Sul conta com 27 associações regionais de municípios que representam e visam integrar, defender os interesses coletivos e viabilizar a solução de problemas comuns dos municípios de uma mesma região. [...]”

É de extrema importância ter um bom planejamento em todos os seus níveis, do nacional ao local, porém há situações em determinadas áreas, as quais necessitam de maior atenção, nesse sentido damos ênfase aos Planos elaborados pelo Estado para áreas Microrregionais, Metropolitanos ou de Aglomerações Urbanas de Resíduos Sólidos.

Essa prerrogativa conferida aos estados encontra apoio no art. 11 da Lei e visa a apoiar e priorizar as iniciativas do Município de soluções consorciadas

304 Plano Estadual de Resíduos Sólidos do Estado do Rio Grande do Sul. 2015-2034. 2014. Disponível em: <<http://www.pers.rs.gov.br/noticias/arq/ENGB-SEMA-PERS-RS-40-Final-rev01.pdf>>.

ou compartilhadas entre dois ou mais Municípios. A adoção desse modelo, envolvendo mais de um município, não só aproveita as sinergias como propicia uma maior eficiência e menor custo dos serviços a cargo dos municípios que, em sua maioria, não têm recursos suficientes para arcar com os gastos necessários para uma boa gestão dos resíduos. (MILARÉ, 2011, p. 870)

Nesta instância, cada município deve obrigatoriamente participar da implementação dos planos elaborados pelo Estado, cada localidade terá problemas diferenciados, logo, deverá ser definido quais os instrumentos de gestão e o formato do plano regional ou municipal, respeitando os requisitos da Lei. Nessa seara deve ser observado a economia local bem com o estado em que se encontra o meio ambiente, verificar quais os maiores tipos de resíduos sólidos produzidos para saber qual o melhor destino a ele ser dado.

De acordo com o Plano Estadual do Rio Grande do Sul (2014), o Estado implementou a Lei Estadual nº 14.528 de 16 de abril de 2014, instituindo a Política Estadual de Resíduos Sólidos no Estado, a qual dispõe sobre a gestão integrada de resíduos sólidos, as responsabilidades dos geradores e do poder público bem como aos instrumentos econômicos aplicáveis.

Nas questões municipais e intermunicipais de resíduos sólidos, ter um Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRS) é condição para os municípios terem cesso aos recursos advindos da União, para serviços relacionados com a limpeza da área urbana e ao manejo de resíduos sólidos. Os planos entram em vigor em dois anos, contados a partir da data da publicação, conforme consta no artigo 55 da Lei nº 12.305/2010.

O conteúdo mínimo que deverá constar nos planos municipais são mais abrangentes e merecem atenção especial. Tal conteúdo contempla o disposto nos incisos do artigo 19 da Lei nº 12.305/2010:

I - diagnóstico da situação dos resíduos sólidos gerados no respectivo território, contendo a origem, o volume, a caracterização dos resíduos e as formas de destinação e disposição final adotadas; II - identificação de áreas favoráveis para disposição final ambientalmente adequada de rejeitos, observado o plano diretor de que trata o §1º do art. 182 da Constituição Federal e o zoneamento ambiental, se houver; III - identificação das possibilidades de implantação de soluções consorciadas ou compartilhadas com outros Municípios, considerando, nos critérios de economia de escala, a proximidade dos locais estabelecidos e as formas de prevenção dos riscos ambientais; IV

- identificação dos resíduos sólidos e dos geradores sujeitos a plano de gerenciamento específico nos termos do art. 20 ou a sistema de logística reversa na forma do art. 33, observadas as disposições desta Lei e de seu regulamento, bem como as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS; V - procedimentos operacionais e especificações mínimas a serem adotados nos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, incluída a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos e observada a Lei nº 11.445, de 2007; VI - indicadores de desempenho operacional e ambiental dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos; VII - regras para o transporte e outras etapas do gerenciamento de resíduos sólidos de que trata o art. 20, observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS e demais disposições pertinentes da legislação federal e estadual; VIII - definição das responsabilidades quanto à sua implementação e operacionalização, incluídas as etapas do plano de gerenciamento de resíduos sólidos a que se refere o art. 20 a cargo do poder público; IX - programas e ações de capacitação técnica voltados para sua implementação e operacionalização; X - programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização e a reciclagem de resíduos sólidos; XI - programas e ações para a participação dos grupos interessados, em especial das cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda, se houver; XII - mecanismos para a criação de fontes de negócios, emprego e renda, mediante a valorização dos resíduos sólidos; XIII - sistema de cálculo dos custos da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, bem como a forma de cobrança desses serviços, observada a Lei nº 11.445, de 2007; XIV - metas de redução, reutilização, coleta seletiva e reciclagem, entre outras, com vistas a reduzir a quantidade de rejeitos encaminhados para disposição final ambientalmente adequada; XV - descrição das formas e dos limites da participação do poder público local na coleta seletiva e na logística reversa, respeitado o disposto no art. 33, e de outras ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos; XVI - meios a serem utilizados para o controle e a fiscalização, no âmbito local, da implementação e operacionalização dos planos de gerenciamento de resíduos sólidos de que trata o art. 20 e dos sistemas de logística reversa previstos no art. 33; XVII - ações preventivas e corretivas a serem praticadas, incluindo programa de monitoramento; XVIII - identificação dos passivos ambientais relacionados aos resíduos sólidos, incluindo áreas contaminadas, e respectivas medidas saneadoras; XIX - periodicidade de sua revisão, observado prioritariamente o período de vigência do plano plurianual municipal. (BRASIL, 2016)

De acordo com o Decreto nº 7.404/2010 (estabelece normas para execução da Política Nacional de Resíduos Sólidos), em seu o artigo 51, para municípios que tem população inferior a vinte mil habitantes, este terá um plano com conteúdo mais simplificado.

Milaré (2011, p. 873), ressalva a importância dos §§ 1.º e 2.º do artigo 50 do Decreto nº 7.404/2010:

Nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 50 do Decreto 7.404/2010, os planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos deverão ser atualizados ou revistos, prioritariamente, de forma concomitante com a elaboração dos planos plurianuais municipais. Além disso, deverão identificar e indicar medidas saneadoras para os passivos ambientais originados, entre outros, de: (i) áreas contaminadas, inclusive lixões e aterros controlados; (ii) empreendimentos sujeitos à elaboração de planos de gerenciamento de resíduos sólidos.

O Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRS) dos municípios podem e devem se inserir a um Plano de Saneamento Básico integrando juntamente com os planos de água, esgoto e resíduos sólidos que estão previstos na Lei nº 11.445/2007, respeitando sempre o conteúdo mínimo expresso em Lei. Vale destacar que o Plano Estadual do Rio Grande do Sul (2014), informa que no referido Estado, “a prestação do serviço de esgotamento sanitário no Estado é executada pela CORSAN em 60,2 % dos municípios [...]”

A definição dos Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, de acordo com Milaré (2011, p. 873-874), é o “[...] conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coletas, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos [...]”

O artigo 20 da Lei nº 12.305/2010 cita os sujeitos a elaboração de Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos:

Art. 20 Estão sujeitos à elaboração de plano de gerenciamento de resíduos sólidos: I - os geradores de resíduos sólidos previstos nas alíneas “e”, “f”, “g” e “k” do inciso I do art. 13; II - os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que: a) gerem resíduos perigosos; b) gerem resíduos que, mesmo caracterizados como não perigosos, por sua natureza, composição ou volume, não sejam equiparados aos resíduos domiciliares pelo poder público municipal; III - as empresas de construção civil, nos termos do regulamento ou de normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama; IV - os responsáveis pelos terminais e outras instalações referidas na alínea “j” do inciso I do art. 13 e, nos termos do regulamento ou de normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e, se couber, do SNVS, as empresas de transporte; V - os responsáveis por atividades agrossilvopastoris, se exigido pelo órgão competente do Sisnama, do SNVS ou do Suasa. (BRASIL, 2016)

O conteúdo mínimo que deverá ter o Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, consta no artigo 21 da Lei nº 12.305/2010:

Art. 21. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos tem o seguinte conteúdo mínimo: I - descrição do empreendimento ou atividade; II - diagnóstico dos resíduos sólidos gerados ou administrados, contendo a origem, o volume e a caracterização dos resíduos, incluindo os passivos ambientais a eles relacionados; III - observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa e, se houver, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos: a) explicitação dos responsáveis por cada etapa do gerenciamento de resíduos sólidos; b) definição dos procedimentos operacionais relativos às etapas do gerenciamento de resíduos sólidos sob responsabilidade do gerador; IV - identificação das soluções consorciadas ou compartilhadas com outros geradores; V - ações preventivas e corretivas a serem executadas em situações de gerenciamento incorreto ou acidentes; VI - metas e procedimentos relacionados à minimização da geração de resíduos sólidos e, observadas as normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, à reutilização e reciclagem; VII - se couber, ações relativas à responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, na forma do art. 31; VIII - medidas saneadoras dos passivos ambientais relacionados aos resíduos sólidos; IX - periodicidade de sua revisão, observado, se couber, o prazo de vigência da respectiva licença de operação a cargo dos órgãos do Sisnama. (BRASIL, 2016)

O Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, sempre deverá estar de acordo com o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos. A Lei prevê, ainda, ser possível integrar um plano coletivo a empreendimento junto ao plano de resíduos sólidos, no que tange, por exemplo, áreas em condomínio que possuem atividades de produção em comum. Tal integração otimiza a gestão de resíduos sólidos ao mesmo tempo que diminui custos de implementação.

Deve ser apresentado anualmente ao órgão do SISNAMA e a autoridades competentes, informações acerca da implementação e funcionamento dos Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos.

O Gerenciamento de Resíduos Sólidos é um desafio para os municípios, bem como para a sua população, pois trata-se de um trabalho em conjunto, onde é necessária a educação ambiental e é claro recursos econômicos para dar o tratamento e destinação final adequada a produção de resíduos sólidos.

A cerca de gerenciamento de resíduos sólidos contribui Molinari (2015, p. 91):

O gerenciamento eficaz dos resíduos sólidos é cada dia um desafio para as cidades e o mais importante de tudo, não existe soluções mágicas, adiar as soluções é adiar apenas o problema. É preciso num primeiro momento mudar a postura da população e da administração municipal, que na maioria das vezes acha que a solução é limpar, coletar e jogar o lixo para outro município, o mais longe possível da cidade, sem se preocupar com o passivo ambiental que compromete especialmente, o ambiente urbano da população.

O Planos de Gerenciamento de Resíduos Sólidos por ser um documento técnico que visa identificar a quantidade de resíduos gerados e por indicar formas corretas para o manejo dos mesmos, acaba por dar mais segurança aos processos produtivos das áreas urbanas, por ajudar a evitar grandes poluições ao meio ambiente, bem como as consequências prejudiciais à saúde pública e ao desequilíbrio da fauna e flora local.

CONCLUSÃO

As implicações acerca da obtenção de um ambiente sustentável e com qualidade podem derivar da sociedade consumista atual. Devido aos mais diversos estilos de vida dentro da sociedade, aos avanços tecnológicos, ao consumo excessivo de produtos industrializados, os quais trazem maior comodidade ao homem, no entanto, degradando ainda mais o meio onde vive, prejudicando o equilíbrio e a sustentabilidade local.

Podemos dizer que A Política Nacional de Resíduos Sólidos além de ser bem abrangente, abre caminhos para realizações de ações eficazes, no qual o planejamento público e administrativo em conjunto com a colaboração da população é necessário para obtenção de bons resultados. É uma questão básica de educação e sobrevivência, através de métodos e experiências visando o bem da coletividade, uma melhor qualidade de vida para todos.

Conclui-se que há uma grande necessidade de avanços práticos nas questões que englobam o meio ambiente urbano e a gestão de resíduos sólidos no Brasil. De acordo com as estatísticas a geração de lixo vem aumentando ano após ano, logo, é preciso investir mais na limpeza de áreas públicas, incentivar ainda mais a coleta seletiva, a logística reversa, a educação ambiental, a mudança de hábitos em

relação ao consumo e desperdício de produtos e na disposição final adequada para os resíduos, com o objetivo maior de em trazer mais qualidade de vida e um meio ambiente equilibrado, sendo um direito e dever de todos, preservar para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 de mai. 2016.
- _____. **Lei nº 12.305 de 2 de Agosto de 2010**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em 20 de mai. 2016.
- _____. **Lei nº 9.795 de 27 de Abril de 1999**, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm>. Acesso em 20 de mai. 2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOLINARI, Daniela da Rosa. **Entre O Luxo E O Lixo: Desafios Da Sociedade De Consumo Na Gestão Dos Resíduos Sólidos**. Ijuí, 2015.
- PLANO Estadual de Resíduos Sólidos do Rio Grande do Sul. 2014. Disponível em: <<http://www.pers.rs.gov.br/noticias/arq/ENGB-SEMA-PERS-RS-40-Final-rev01.pdf>>. Acesso em 06 de mai. 2016.
- PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2010.
- SARNO, Daniela Campos Libório Di. **Elementos de Direito Urbanístico**. São Paulo: Manole, 2004.