

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 4, Número 1,
Ano 4
2023

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca
Nacional de
Portugal



www.revistaibericadodireito.pt



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

A **Revista Ibérica do Direito** (RID) é a revista jurídica do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), sediado na Cidade do Porto, Portugal. Promove a difusão do conhecimento jurídico iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado iberoamericano ou aqueles originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal.



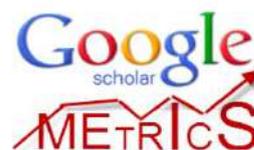
REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

ISSN 2184-7487

Vol. 4 | Número 1 | Jan/Jun | 2023



BASES DE DADOS E INDEXADORES



Revista Ibérica do Direito – RID

**Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos –
IBEROJUR**

Volume 4 | Número 1 | Janeiro–Junho | 2023

Porto, Portugal

Editor-Chefe: Fábio da Silva Veiga

Editor-Adjunto: Mariana Dares

Periodicidade: Semestral | Versão Digital

Projeto Gráfico e Editoração: Iberojur Gestão
Universitária Lda.

Disponível em: www.revistaibericadodireito.pt

ISSN: 2184-7487

Registro: Biblioteca Nacional de Portugal

CDU: 34(051)(0.034)

DOI: <https://doi.org/10.62140/RID23.7835203>

A *Revista Ibérica do Direito* adota a licença Creative Commons Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional, exceto quando indicado de forma diversa. Permite-se a reprodução total ou parcial de seu conteúdo, desde que para fins não comerciais e com a devida identificação da fonte.



Correspondência:

Rua de Avilhó, 214, Custóias, Matosinhos – Portugal

Código Postal: 4460-282

E-mail: editorial@iberojur.com

EQUIPA EDITORIAL

Editor-chefe | Editor in chief

Prof. Doutor Fábio da Silva Veiga, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

Editor-adjunto | Deputy editor

Mariana Dares Fernandes da Silva

Secretária Editorial | Editorial Assistant

Andréa Marianna dos Santos Cabral Vieira

Conselho Editorial | Editorial Board

Prof. Doutor Angelo Vigliani Ferraro, Università degli Studi di Reggio Calabria, Itália

Prof. Doutor António Francisco de Sousa, Universidade do Porto, Portugal

Prof. Doutor Antonio Tirso Ester Sánchez, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Augusto Jobim do Amaral, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Catherine Maia, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor David Montoya Medina, Universidad de Alicante, Espanha

Prof. Doutor Lorenzo Vadell Bujosa, Universidad de Salamanca, Espanha

Prof. Doutor Marcos Augusto Perez, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Pedro Curvello Saavedra Avzaradel, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Doutora Vânia Aieta, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Científico | Scientific Committee

Prof. Doutora Adriana Valéria Pugliesi, Fundação Getúlio Vargas FGV-São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Álvaro Alzina Lozano, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha

Prof. Doutora Beata Stepien Zaluca, University of Rzeszów (Poland), Polónia

Prof. Doutora Bruna Capparelli, Alma Mater Università di Bologna, Itália

Prof. Doutora Camilla Martins dos Santos Benevides, Itália

Prof. Doutora Denise Fincato, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Dora Alves, Universidade Portucalense, Portugal

Prof. Doutor Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil

Prof. Doutor Flávio Martins Alves Nunes Júnior, Faculdade Damásio, Brasil

Prof. Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Francesca Benatti, Università di Padova, Itália

Prof. Doutor Francisco Satiro, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha
Prof. Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil
Prof. Doutor Igor Dominik Zgoliński, Kujawy and Pomorze Academy (Poland), Polónia
Prof. Doutor João Proença Xavier, Universidade de Coimbra Portugal
Prof. Doutora Maria do Rosário Anjos, Universidade Lusófona, Portugal
Prof. Doutor Mario Spangenberg, Universidad Católica del Uruguay, Uruguai
Prof. Doutor Mariusz Zalucki, AFM University of Krakow (Poland), Polónia
Prof. Doutora Patrícia Anjos Azevedo, Instituto Politécnico do Porto, Portugal
Prof. Doutor Paulo de Brito, Universidade Lusófona do Porto, Portugal
Prof. Doutor Rodrigo Poyanco Bugueño, Universidad Finis Terrae, Chile
Prof. Doutor Rodrigo de Souza Pagani, Universidade de São Paulo, Brasil
Prof. Doutor Vicenç Ribas Ferrer, Universidad de Alcalá, Espanha
Prof. Doutor Tomasz Szancilo, Cardinal Stefan Wyszynski University (Poland), Polónia
Prof. Doutor Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Prof. Doutor Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Prof. Doutora Zélia Luíza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

EDITORIAL/EDITOR'S NOTE

A Revista Ibérica do Direito (RID), publicação científica do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), sediado na Cidade do Porto, Portugal, tem a honra de apresentar o Volume 4, referente ao ano de 2023.

Mantendo seu compromisso com a difusão do conhecimento jurídico iberoamericano, esta edição reúne estudos que exploram as diversas vertentes do Direito Público e do Direito Privado, com especial atenção ao direito comparado e às contribuições originárias da América Latina, Espanha, Portugal e Europa.

A RID reafirma seu compromisso com a excelência acadêmica e a internacionalização da produção jurídica, promovendo o diálogo entre investigadores de diferentes tradições jurídicas e culturais.

Agradecemos aos autores, pareceristas e leitores que tornam possível a continuidade deste projeto editorial.

Fábio da Silva Veiga

Editor-Chefe

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

APRESENTAÇÃO E LINHA EDITORIAL DA REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Este Volume 4, Ano 2023, apresenta uma seleção plural e interdisciplinar de artigos que refletem os desafios contemporâneos do Direito, com enfoque nas vertentes do Direito Público, Direito Privado, Direito Internacional, Direito do Trabalho, Direito Penal, Direito Ambiental, Direito da Saúde, Direito Digital e Direito Económico.

A RID valoriza especialmente estudos que abordam o direito comparado Iberoamericano, como evidenciado nesta edição por análises que cruzam experiências jurídicas de Polónia, Portugal, Brasil, Itália e Espanha, além de reflexões sobre temas emergentes como teletrabalho, telemedicina, inteligência artificial, sustentabilidade empresarial, *smart cities*, nanotecnologia, direitos humanos, e pluralismo jurídico.

A diversidade temática e geográfica dos artigos reafirma a missão da RID de ser um espaço aberto, crítico e inovador para o pensamento jurídico Iberoamericano, promovendo a integração académica e científica entre os países que compartilham raízes jurídicas comuns e desafios globais.

Convidamos nossos leitores a explorar esta edição com o olhar atento de quem busca compreender e transformar o Direito em suas múltiplas dimensões.

ÍNDICE | TABLE OF CONTENTS

PARTICIPATION OF A SOCIAL FACTOR IN CIVIL PROCEEDINGS IN POLAND AND THE RIGHT TO A COURT	11
---	----

Tomasz Szancilo

THE INSTITUTION OF ELECTRONIC SURVEILLANCE: THE POLISH AND PORTUGUESE EXPERIENCE	27
---	----

Igor Zgoliński

DIREITO CONDOMINIAL: GUERRA DOS APLICATIVOS NO MERCADO DE LOCAÇÃO	39
--	----

Renato Bezerra Rosado Cascudo Rodrigues

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SELETIVIDADE PENAL: A NECESSIDADE DE UMA QUANTIFICAÇÃO E A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA	64
---	----

André Ribeiro Giamberardino

Nicolli Souza Ienzen

COMPRENDER EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA: UNA VISTA AL PASADO PARA AVANZAR HACIA EL FUTURO	82
--	----

Armando José Santana Bugés

A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO REMOTO NOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA	89
--	----

Camilla Martins dos Santos Benevides

EL ENCUADRAMIENTO SINDICAL DEL TELETRABAJADOR CON FUNDAMENTO EN LA UNIDAD SINDICAL EN BRASIL	103
---	-----

Camilla Martins dos Santos Benevides

A NECESSIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONSUMIDORES NOS CASOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL POR SIMILARIDADE DE TRÁFEGO DE PRODUTOS DE CONSUMO	119
---	-----

Carlos Alberto Martins Junior

O SALÁRIO MÍNIMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	131
--	-----

Cayê Alves Costa

Cildo Giolo Júnior

COMPARATIVE STUDY OF TELEHEALTH REGULATION IN BRAZIL AND ITALY.....	147
Claudia Ribeiro Pereira Nunes	
Camila Pinto Barreto da Silva	
POLÍTICA, GÉNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PORTUGAL.....	163
Elisabete Ferreira	
LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTATUTOS REGULADORES DE LA RELACIÓN DE CONSUMO	170
Erika Isler Soto	
EFETIVAÇÃO DOS TÍTULOS ESTRANGEIROS E A CONVENÇÃO DE SINGAPURA: VALORIZAÇÃO DA DESJUDICIALIZAÇÃO EM ÂMBITO INTERNACIONAL.....	183
Flávia Pereira Hill	
Diego El-Jaick Rapozo	
Ana Cláudia Rodrigues Theodoro	
ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA SAÚDE EM PORTUGAL.....	198
João Proença Xavier	
Giovana de Moraes Figueiredo Cruz	
INTERESSI PRIVATI E INTERESSI GENERALI NELLE STAGIONI DEL DIRITTO CIVILE	212
Giuseppe Portonera	
AS SMART CITIES E O ODS 11: O DIREITO À CIDADE (INTELIGENTE) COMO FIO CONDUTOR PARA (RE) ORGANIZAÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES, SUSTENTÁVEIS E RESILIENTES	233
Isabel Celeste Fonseca	
Camilo Stangherlim Ferraresi	
CODIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEL LAVORO: FONDAMENTI, FORME E CONSEGUENZE.....	250
Miriam Olivia Knopik Ferraz	
Marco Antônio César Villatore	
AS NANOTECNOLOGIAS E O DIREITO: ALGUNS PERCURSOS RETICULARES DE APROXIMAÇÃO.....	259
Wilson Engelmann	
Laura Müller	

ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE: IMPLICAÇÕES DA SUSTENTABILIDADE NOS NEGÓCIOS 274

Wilson Engelmann

Lucas Wagner

PARTICIPATION OF A SOCIAL FACTOR IN CIVIL PROCEEDINGS IN POLAND AND THE RIGHT TO A COURT

Tomasz Szanciło

Professor of Civil Law at Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw,
Poland. Judge of the Polish Supreme Court, Civil Chamber.

ORCID: 0000-0001-6015-6769.

t.szancilo@uksw.edu.pl

DOI: <https://doi.org/10.62140/TZ685351434>

Recebido em: 24/10/2022

Aprovado em: 10/12/2022

Abstract: The participation of the social factor in the administration of justice in Poland, including in civil proceedings, takes the form of the participation of jurors in court panels adjudicating specific cases. The jurors participate in the hearing of a court case on an equal footing with the judge, performing the function of civic social control over the judges and a link between the court and society. They are supposed to provide judges with knowledge and life experience unrelated to the legal profession. And although the participation of the social factor in the judiciary is directly enshrined in the Constitution of the Republic of Poland, it's currently of a residual nature, including in civil cases in which citizens as members of the court panel rule only in the first instance in certain categories of cases. These are cases in which strictly legal issues are less important than social aspects. It may therefore be argued that the participation of the social factor in the adjudication of civil cases in Poland is of an exceptional nature, but such a solution doesn't violate the right to a court. What is new, however, is the participation of jurors in the Supreme Court.

Keywords: court, right to a court, juror, judge, the Supreme Court.

Introduction

The participation of non-professional judges (jurors, lay judges) in the administration of justice in Poland, although explicitly provided for in the Constitution of the Republic of Poland, is currently of a residual nature, also when it comes to civil proceedings. Only in strictly defined civil cases heard at first instance do citizens act as members of the bench. By contrast, no provision is made for them in the courts of appeal. An important novelty, however, is the participation (for several years now) of jurors in certain proceedings before the Supreme Court - this is important insofar as it is intended to be a court of law and not of fact, the proceedings are characterised by professionalism, as evidenced, for example, by the so-called attorney-client privilege (apart from certain exceptions, a party may only be represented by a professional attorney: an attorney, a legal counsel, a patent agent or a counsel for the Public Prosecutor's Office of the Republic of Poland - when the State Treasury or a state legal person is a party).

The problem at hand can be looked at from two points of view: that of the judge and that of the 'human'. A judge might say that a person who has no legal training is basically superfluous, because administering justice means applying the law. While in criminal cases the element of assessing culpability is important, in the vast majority of civil cases the most important thing is subsumption, i.e. the correct application of the law to the established facts. A citizen, on the other hand, might say that it isn't the literal application of the law that is most important, but the social resonance of the ruling (judgment, decision on the merits) or the 'spirit' of the law. A (professional) judge, who has spent years learning precisely the law and how to apply it, may not take these aspects into account, with the result that he or she may issue a judgment that may be in accordance with the letter of the law, but isn't necessarily fair.

The purpose of the study is to answer the question whether the legislator has correctly regulated the participation of citizens (i.e. the non-professional factor) in the administration of civil justice. In doing so, it should be emphasised that in civil proceedings the social factor concerns cases in which the strict application of the letter of the law is often not the most important, and elements such as a non-judicial view of the problem, life experience, social feeling, etc. are more important.

1. Forms of citizen participation in the administration of justice

Citizen (social factor) participation in the administration of justice can take one of two forms: the jury (traverse jury) or jurors as members of the court. In addition, there can

be courts in which only citizens who aren't judges sit – these are the so-called Magistrates' Courts, operating in England and dealing with minor neighborhood disputes¹. The jury functions primarily in countries with an Anglo-Saxon common law system. It most often rules on guilt in criminal trials and on the facts in civil trials, except that adjudication is based on answers (affirmative or negative) to questions posed by the professional judge who presides over the trial. The jury – unanimously or by a qualified majority (depending on the legal system) – reaches a verdict, on the basis of which the professional judge issues a judgment. Exceptionally (e.g. in the state of Texas), the jury also reaches its verdict based on information provided by the professional judge on the law and on judgments that have been made in similar cases (precedents)².

In Poland – following the example of continental legal systems – system of jurors was adopted. Historically, the institution of non-professional judges (i.e. precisely jurors) originated in Germanic law, and the term 'juror' (scabinus) itself was derived from the term 'member of the bench' – a person sitting on a bench, i.e. in a municipal office and then in a municipal court. In former Polish law, the term jurors was also used to refer to members of mining courts and, in the Prussian partition, to assistant judges. Prior to the Second World War, jurors participated in adjudication by sitting on bench courts as well as forming a jury³, and thus differently than it is today. On the other hand, in the post-war period, i.e. during the communist period in Poland, until 1996, the basic panel of judges in the court of first instance was a bench, i.e. a professional judge as chairman and two jurors as members of the bench⁴. The courts thus constituted ensured the participation of representatives of the public in the administration of justice⁵, and thus were an expression of the role of the people in a socialist state.

¹ K. Knoppek, *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w postępowaniu cywilnym*, Ius Novum 2014, No 1, p. 24 et seq.

² See Z. Góralski, *Encyklopedia urzędów i godności w dawnej Polsce*, Warsaw 2000, p. 75 et seq.; T. Ereciński, J. Iwulski, in: T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warsaw 2009, p. 41.

³ Z. Góralski, *Encyklopedia...*, p. 75, 95 et seq.

⁴ K. Knoppek, *Udział obywateli...*, p. 25.

⁵ See Ł. Chojniak, *Udział ławników w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości karnej w Sądzie Najwyższym*, Iustitia 2018, No 2, p. 87 et seq.; M. Brzezowski, *Rola i status ławnika na tle ostatnich zmian w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych*, Monitor Prawniczy 2019, No 20, p. 611.

2. Constitutional principles of citizen participation in the administration of justice and the right to court

Pursuant to Article 182 of the Polish Constitution, the participation of citizens in the administration of justice shall be determined by law (acts). This is the only constitutional regulation on the issue in question, referring to the statutory regulation. It's emphasised that the construction of the provision referred to is general, and the system legislator didn't have any conception of citizens' participation in the administration of justice and therefore a somewhat empty provision was established⁶. And while the role and importance of ordinary legislation in the final shaping of citizen participation in the administration of justice is pointed out⁷, the absence of even a general definition of the scope of the participation of the social factor or of its essence or desired purpose, means that the constitutional principle of citizen participation in the administration of justice hasn't been secured in any way⁸. This results in the legislator having essentially unlimited freedom in shaping the participation of citizens in adjudication. Thus, there may be a situation in which the participation of the social factor is expanded beyond the real needs, as well as a situation in which the legislator considers that it should be limited to the minimum, only formally fulfilling the constitutional norm. Nevertheless, it's emphasised that it follows from Article 182 of the Constitution of the Republic of Poland that it isn't possible either to completely exclude citizens from the exercise of this function (of the judiciary), or to narrow it in such a way that the participation takes on a merely symbolic scope⁹. There can therefore be no fiction in this matter. The regulation of the extent of the participation of the social factor obviously depends on the view taken, namely whether it's seen as a positive or negative element of the administration of justice.

It's therefore evident that the above principle isn't closely related to another constitutional principle, namely the right to a court. Indeed, in accordance with Article 45(1) of the Constitution of the Republic of Poland, everyone has the right to a fair and public hearing without undue delay by a competent, independent, impartial and independent court.

⁶ J. Sobczak, *Sądy i Trybunały*, in: W. Skrzydło (ed.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2004, p. 390.

⁷ B. Stępień-Zalucka, *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez Sąd Najwyższy w Polsce*, Warsaw 2016, p. 198–199.

⁸ P. Wiliński, P. Karlik, in: M. Safjan, L. Bosek (ed.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, Warsaw 2016, art. 182, side number 2.

⁹ See the judgment of the Constitutional Court of 29 November 2005, P 16/04, Jurisprudence of the Constitutional Court-A 2005, No 10, pos. 119; S. Waltoś, *Ławnik – czy piąte koło u wozu?*, in: T. Grzegorzczak (ed.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, Warsaw 2011, p. 523 et seq.

Everyone is entitled to this right irrespective of the existence and content of a substantive-legal relationship and the rights and obligations arising therefrom¹⁰.

Similarly, in acts of international law ratified by Poland, i.e. Article 14(1), second sentence, of the International Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966¹¹, Article 6(1), first sentence, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950¹² and Article 47, first sentence, of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 26 October 2012¹³ the right to a court of law was established, which is regarded as a personal public subjective right and at the same time a fundamental means of protecting constitutional freedoms and rights¹⁴. It's interpreted by the European Court of Human Rights taking into account the general principles adopted by civilised nations, including the principle that everyone should be able to present his or her case to a court and another principle from which the denial of justice is prohibited¹⁵. An individual thus has the right to refer a case to a court for resolution.

The jurisprudence and doctrine basically unanimously point to a triad of rights creating the right to a court:

(1) the right of access to court;

(2) the right to an appropriate design of the court procedure in accordance with the requirements of efficiency, justice and openness;

(3) the right to a judicial decision issued by an independent court, after an impartial and objective examination of the case¹⁶.

¹⁰ H. Mądrzak, Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka, in: L. Wiśniewski (ed.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warsaw 1997, p. 197.

¹¹ Official Journal of the Republic of Poland 1977, No 38, pos. 167: „Everyone is entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law, when deciding on the merits of the accusation against him or her in criminal cases or on his or her rights and obligations in civil cases.”

¹² Official Journal of the Republic of Poland 1993, No 61, pos. 284 as amended: „Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law when deciding on his civil rights and obligations or on the merits of any criminal charge brought against him.”

¹³ Official Journal of the European Union C No 326, p. 391: „Everyone whose rights and freedoms guaranteed by Union law have been violated has the right to an effective remedy before the courts.”

¹⁴ See P. Tuleja, in: P. Tuleja (ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warsaw 2019, p. 160.

¹⁵ See widely M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warsaw 1992, p. 41.

¹⁶ See, e.g., the judgments of the Constitutional Court of: 9 June 1998 r., K 28/97, Jurisprudence of the Constitutional Court 1998, No 4, pos. 50; 24 February 2003 r., K 28/02, Jurisprudence of the Constitutional Court-A 2003, No 2, pos. 13; 4 November 2010 r., K 19/06, Jurisprudence of the Constitutional Court-A 2010, No 9, pos. 96; P. Sarnecki, in: L. Garlicki, M. Zubik (ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Vol. II, Warsaw 2016, p. 236 et seq; P. Tuleja, in: P. Tuleja (ed.), *Konstytucja...*, p. 160–161.

It's evident that the right to a court doesn't include the participation of a social factor in adjudication. The court is to be understood as a set of persons judging in accordance with the law, to which the constitutionally formulated requirements of jurisdiction, independence, impartiality and independence apply¹⁷, and the constitutional right to a court of law obviously includes the right to an appropriate structure and position of the bodies hearing cases¹⁸. However, it's up to the legislator to shape the composition of the court in certain categories of cases, and it can't be considered that if jurors aren't present in certain cases, the right to a court will be violated. It's the legislator who determines which court and in what composition will have jurisdiction to hear a particular case.

3. Non-professional judge – juror

A juror is a non-professional judge who is intended to serve a (professional) judge with knowledge of the law, his or her knowledge and life experience, ethical judgement, as well as a sense of justice, i.e. where the ruling corresponds in some sense to the law, but isn't necessarily perceived as socially just. In this connection, three basic roles (functions) of juror participation in the administration of justice are indicated¹⁹:

1) the function of the social (civic) judge – the juror co-determines citizens' cases on an equal footing with the judge, having the same voting power; unlike the social factor in the jury courts, the juror is a participant in the proceedings with regard to the determination and evaluation of facts, the determination of guilt and the assessment of punishment, and the exercise of legal judgement; his role is to present to the court the assessments and views currently prevailing in social opinion and to make appropriate and effective use of them in the exercise of his function; he should therefore be the representative and exponent of social opinion, acting as a kind of social "mirror" of the administration of justice;

2) the function of civic social control over the apparatus (workshop) of judges – the participation of jurors is supposed to force judges to better prepare themselves to hear a case and to hear it properly and publicly at the trial, as well as to conduct judicial proceedings thoroughly; it's supposed to counteract the danger of professional routine in deciding specific

¹⁷ See B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warsaw 2012, art. 45, side number 7.

¹⁸ See T. Demendecki, in: A. Góra-Błaszczkowska (ed.), *System postępowania cywilnego. Tom 5. Środki zaskarżenia*, Warsaw 2023, p. 747.

¹⁹ J. Turek, *Ławnik – sędzia – przysięgły*, *Monitor Prawniczy* 2009, No 24, p. 1322 et seq.

cases and the pressure of current evaluations, the result of which may be opportunistic decisions, not always in line with the public interest;

3) the function of a link between the court and society – jurors shape the face of the judiciary in the public perception and influence public opinion, popularise the law and the activities of the judiciary in the public perception, thus raising legal awareness and legal culture, and are therefore representatives of society in court and "ambassadors" of the courts in society.

A professional judge speaks in 'paragraphs', a non-professional judge in 'human voice'. A juror is said to be more of a mission (function) than a profession²⁰. As far as the status of a juror is concerned, it's primarily regulated by Articles 4 § 2 and 169 § 1 of the Act of 27 July 2001. - Law on the Common Court System²¹. According to the former, jurors have equal rights with judges (and assessors) when deciding cases, and according to the latter, jurors are independent and subject only to the Constitution of the Republic of Poland and the laws when adjudicating. As a consequence, it may happen that when a case is tried by a bench, i.e. one judge and two jurors (with the judge always being the presiding judge), the jurors can outvote the judge and de facto decide on the content of the verdict. This is due to the fact that a judgment (verdict, decision) is made by majority vote (Article 324 § 2, third sentence, of the Code of Civil Procedure). In such a situation, a written statement of reasons for the judgment (justification) shall be drawn up by a juror appointed by the chairman of the division, who, if necessary, shall appoint a judge to assist the juror in drawing up this statement of reasons²². Also, if, in a case tried by a jury, no reasons are given for the verdict as a result of the death of the presiding judge, the other members of the bench, i.e. the jurors, should give written justification based on the reasons for the decision known to them from the deliberations and agreed by the jury²³. As far as the status of a juror is concerned, there are also such elements as, e.g., the same exclusion mechanism as for a judge (Article 54 of the Code of Civil Procedure), or the existence of a juror self-government (Article 175 u.s.p.).

²⁰ P. Sitniewski, Analiza wyników ankiet prezesów sądów w zakresie wyboru ławników, jakości ich pracy oraz funkcjonowania w ramach wymiaru sprawiedliwości, in: J. Ruszewski (ed.), Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce, Suwałki 2011, p. 79.

²¹ Consolidated text Official Journal of the Republic of Poland 2023, item 217 as amended; hereinafter: u.s.p.

²² See § 119(2) and (5) of the Regulation of the Minister of Justice of 18 June 2019 – Rules of procedure of common courts (Consolidated text Official Journal of the Republic of Poland 2022, pos. 2514 as amended).

²³ The order of the Supreme Court of 8 June 1965, I CR 58/65, Jurisprudence of the Polish Courts and the Arbitration Commission 1968, No 9, pos. 196 with gloss by S. Włodyka, *ibid.*

Jurors to the county courts and to the district courts are elected by the councils of municipalities whose area is covered by the jurisdiction of these courts – in a secret ballot (Article 160 § 1 u.s.p.). A juror can only be elected in one court (Article 159 § 2 u.s.p.), and can be elected by a person who: 1) has Polish citizenship and enjoys full civil and civic rights; 2) is of impeccable character; 3) has attained the age of 30; 4) has been employed, is engaged in business or has lived in the place of candidacy for at least one year; 5) hasn't exceeded 70 years of age; 6) is capable, due to the state of health, of performing the duties of a juror; 7) has at least a secondary education or a secondary professional education, whereby a person demonstrating special knowledge of labour matters should be selected as a juror to rule on labour law cases (Article 158 § 3 u.s.p.). However, jurors may not be: 1) persons employed in courts of general jurisdiction and other courts as well as in the public prosecutor's office; 2) persons who are members of bodies whose decisions may be requested to refer a case to court; 3) Police officers and other persons occupying positions related to the prosecution of crimes and offences; 4) advocates and trainee advocates; 5) legal counsels and trainee legal counsels; 6) clergy; 7) soldiers in active military service; 8) Prison Service officers; 9) municipal, district and provincial councillors (art. 159 § 1 u.s.p.).

It's evident that jurors aren't required to have a legal background or even a higher education. Apart from the requirement in the case of labour cases, where there is "special knowledge" of these cases, in other cases the juror doesn't have to demonstrate any above-average ability.

4. Participation of jurors in court of general jurisdiction proceedings

In courts of general jurisdiction jurors only appear in civil cases at first instance (with the rule being the composition of the court in the person of one judge – a professional judge), so there are none in the courts of appeal. A distinction must be made here between procedural (known as contentious) and non-procedural (known as non-contentious) proceedings. A much wider range of bench cases, i.e. one judge and two jurors, is provided for in the former mode. Indeed, pursuant to Article 47 § 2 of the Code of Civil Procedure, in a trial at first instance, the court, composed of one judge as chairman and two jurors, shall hear cases:

1) in the area of labour law for: a) establishing the existence, establishment or expiry of the employment relationship, for declaring the termination of the employment relationship ineffective, for reinstatement and restoration of previous working or pay

conditions, as well as claims asserted jointly therewith and for compensation in the event of unjustified or unlawful termination and dissolution of the employment relationship; b) violation of the principle of equal treatment in employment and claims related thereto; c) compensation or damages as a result of mobbing;

2) from family relations for: a) divorce; b) separation; c) determination of ineffectiveness of acknowledgement of paternity; d) termination of adoption.

If among the labour law claims asserted in a single proceeding there is a claim for which a court composed of one judge as chairman and two jurors has jurisdiction to hear the other claims in the first instance (Article 47 § 2(1)(a) of the Code of Civil Procedure), the court with the same composition also has jurisdiction to hear the other claims²⁴.

The purpose of leaving the above-mentioned labour cases (as it's pointed out, they constitute about half of the cases heard by labour courts in Poland) to be heard by jurors was the intention to have them heard by persons with extensive professional and life experience, taking into account also "social justice"²⁵. A somewhat different function is fulfilled by jurors in family cases, where the welfare of minors and the family is paramount and the law should therefore be applied extremely prudently, taking these factors into account.

Such a regulation, which contains a very narrow catalogue of cases, gives rise to the view that it's a manifestation of the reduction of the participation of the so-called social factor in the administration of justice in favour of judicial professionalism²⁶. It's a fact that in civil proceedings the participation of jurors is provided for in a small number of cases.

As far as non-procedural proceedings are concerned, the composition of the jury is provided for in only one category of cases, namely adoption (Article 509 of the Code of Civil Procedure)²⁷. This means that a bench formation is required in cases of adoption decree and conversion of incomplete adoption to full adoption; however, a single-member formation is competent to hear other adoption matters²⁸. Those other cases for which a single-member

²⁴ The resolution of the Supreme Court of 4 February 2009, II PZP 14/08, Case law of the Supreme Court of Labour and Social Security Chamber 2009, No 17–18, pos. 218.

²⁵ Explanatory Memorandum to the Government Bill, Fifth Chamber Parliamentary Paper No. 639.

²⁶ J. Gibiec, in: E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2023, art. 47, thesis number 1.

²⁷ Until 28 August 2015, cases for the termination or limitation of parental authority were also heard in this composition.

²⁸ This is the prevailing view in the doctrine – see, e.g., M. Rejda, in: A. Marciniak (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Art. 425–729*, Warsaw 2020, art. 509, side number 2; J. Gudowski, in: T. Ereciński

composition is competent are cases before the guardianship court on the consent to the adoption of a child in the future without naming the adopter or declaring the revocation of such consent (Article 589 § 1 of the Code of Civil Procedure).

5. Participation of jurors in proceedings in the Supreme Court

In 2018, the legislator 'introduced' jurors to the Supreme Court²⁹, which has been heavily criticised primarily because legal review, rather than fact-finding, is done in the Supreme Court. This novelty has been justified by the need to enrich the jurisprudential panels with social sensitivity, as well as knowledge and life experience unrelated to the legal profession³⁰, and thus in principle in such a way as to justify the participation of jurors in the administration of justice in general.

Pursuant to Article 59 § 3 of the Supreme Court Act, a juror of the Supreme Court may be a person who: (1) has only Polish citizenship and enjoys full civil and public rights; (2) is of impeccable character; (3) is at least 40 years of age; (4) is under 60 years of age on the day of his/her election; (5) is fit, due to his/her state of health, to perform the duties of a Supreme Court juror; (6) has at least a secondary or secondary professional education. The differences in the requirements for a juror in a court of general jurisdiction thus boil down to:

- (a) exclusive possession of Polish citizenship;
- (b) minimum (40 years, not 30 years) and maximum age (60 years, not 70 years);
- (c) no requirement to have been employed, self-employed or resident in the place of candidacy for at least one year.

The scope of exclusions is much broader, i.e. who can't be a juror of the Supreme Court, as in addition to those who can't be a juror in a court of general jurisdiction, a person can't be: 1) employed in the Supreme Court; 2) who is a juror in courts of general jurisdiction or military courts; 3) who works in offices serving central state bodies; 4) who practises a profession for which the Supreme Court may be the competent court in disciplinary matters;

(ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom IV. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, Warsaw 2016, art. 509, thesis number 3; differently E. Marszałkowska-Krześ, in: E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2023, art. 509, thesis number 4.

²⁹ Act of 8 December 2017 on the Supreme Court of Justice (Consolidated text Official Journal of the Republic of Poland 2023, pos. 1093).

³⁰ Explanatory Memorandum of the Presidential Bill, Eighth Chamber Parliamentary Paper, No. 2003.

5) who is a notary, deputy notary or trainee notary; 6) who is a representative (Member of Parliament), senator, member of the European Parliament; 7) who has served, worked or collaborated with state security organs listed in art. 5 of the Act of 18 December 1998 on the Institute of National Remembrance – Commission for the Prosecution of Crimes against the Polish Nation³¹; 8) belonging to a political party (Article 60(1) of the Supreme Court Act). The exclusions are therefore much more far-reaching, which is justified in view of the constitutional position of the Supreme Court.

However, it can't be overlooked that the participation of jurors in the Supreme Court is relatively narrow, as it applies only to two categories of cases in two of the five Chambers of this Court:

1/ extraordinary complaints (in the Extraordinary Control and Public Affairs Chamber);

2/ disciplinary proceedings (in the Chamber for Professional Responsibility)³².

Article 59 § 2 of the Supreme Court Act introduced the general rule that, unless otherwise provided by law, in cases involving jurors, the Supreme Court shall decide with two Supreme Court judges and one Supreme Court juror, as confirmed by Article 94 § 1³³ and Article 73 § 1 item 1 of the Supreme Court Act³⁴. Special rules for the determination of bench composition have been established for cases:

1) from an extraordinary complaint concerning a decision made as a result of proceedings in the course of which the decision was issued by the Supreme Court – the case shall be heard by the Supreme Court composed of five Supreme Court judges sitting in the Extraordinary Control and Public Affairs Chamber and two Supreme Court jurors (Article 94 § 2 of the Supreme Court Act);

³¹ Consolidated text Official Journal of the Republic of Poland 2023, pos. 102; in the broadest terms, it's about cooperation with state security organs during the communist period in Poland, i.e. before 1989.

³² In addition to these two Chambers, the Polish Supreme Court has a Civil Chamber, a Criminal Chamber and a Labour and Social Insurance Chamber.

³³ According to this provision, the extraordinary complaint shall be examined by the Supreme Court, composed of two Supreme Court judges sitting in the Extraordinary Control and Public Affairs Chamber and one Supreme Court juror.

³⁴ According to this provision, the disciplinary court for disciplinary cases of Supreme Court judges is the Supreme Court in the first instance, composed of two judges sitting in the Professional Responsibility Chamber and one Supreme Court juror.

2) of disciplinary judges of the Supreme Court considered in the second instance – it's decided by three judges of the Supreme Court sitting in the Chamber of Professional Responsibility and two jurors of the Supreme Court (Article 73 § 1 item 2 of the Supreme Court Act).

One may criticise these solutions, but it shouldn't be overlooked that they concern specific cases. As far as an extraordinary complaint is concerned, it can't be brought in every situation. In fact, in accordance with Article 89 § 1 of the Supreme Court Act, if it's necessary to ensure compliance with the principle of a democratic state of law implementing the principles of social justice, an extraordinary complaint may be lodged against a final decision of a court of general jurisdiction or a military court ending the proceedings in a case³⁵, provided that:

1) the ruling violates the principles or freedoms and rights of a human being and a citizen set out in the Constitution of the Republic of Poland or

2) the ruling grossly violates the law through its misinterpretation or misapplication, or

3) there is an obvious contradiction between significant findings of the court and the content of evidence collected in the case

- and the ruling can't be reversed or amended by way of other extraordinary appeals.

The first two grounds of extraordinary complaint concern legal issues, while the first one is general, as it refers to constitutional principles, which doesn't require strictly legal knowledge (unlike the second ground). On the other hand, in the case of the last ground, there is explicit mention of the possibility of reviewing the contested decision, so that, as in the case of the (ordinary) court of appeal, the Supreme Court becomes a court of fact and of evaluation of evidence³⁶. Moreover, an extraordinary complaint may only be brought by: Prosecutor General, Ombudsman and, within the scope of their jurisdiction, the President of the General Prosecutor's Office of the Republic of Poland, Ombudsman for Children,

³⁵ In civil cases, in practice, it's brought, e.g., when two conflicting court orders have been made to declare an inheritance.

³⁶ In the case of a cassation appeal, its basis can't be allegations concerning the establishment of facts or the assessment of evidence, and the Supreme Court is bound by the factual findings constituting the basis of the appealed decision (Articles 398³ § 3 and 398¹³ § 2 of the Code of Civil Procedure). Similarly, allegations concerning the establishment of facts or the assessment of evidence (Article 424⁴, second sentence, of the Code of Civil Procedure) can't form the basis of an action for a declaration of the unlawfulness of a final decision.

Ombudsman for Patients' Rights, Chairman of the Financial Supervision Commission, Financial Ombudsman, Ombudsman for Small and Medium-sized Entrepreneurs and President of the Office for Competition and Consumer Protection (Article 89 § 2 of the Supreme Court Act). They screen complaints for the very existence of any of the grounds.

As far as disciplinary proceedings are concerned, on the other hand, as in criminal cases, the court first establishes the facts of the alleged tort, which are significant for the decision, and then the court decides on the guilt and the punishment. Thus, in disciplinary cases, the Supreme Court, sitting as a bench, conducts an evidentiary hearing, assesses the evidence gathered (e.g. documents, witness testimony) and then determines guilt and the degree of guilt and, consequently, imposes a penalty or acquits the accused. Thus, on the one hand, the Supreme Court is in this case also a court of fact and not only of law (perhaps even primarily a court of fact), while on the other hand, it can be assumed that an elementary sense of social justice argues in favour of a lawyer (judge, prosecutor, notary public, advocate, legal adviser) submitting himself to the judgement of a non-lawyer, an ordinary citizen, for his misconduct.

Therefore, it's difficult to *prima facie* question the meaningfulness of the participation of jurors in extraordinary complaint proceedings and disciplinary proceedings.

Conclusion

It's emphasised that the collegiality of the bench is one of the guarantees of judicial independence and impartiality, it serves to pluralise the judgment, as in the course of deliberation, the rationale for and against a particular decision is considered, which makes it possible to highlight different points of view and systematise the discussion. This contributes to the stability of jurisprudence and significantly increases the chances of reaching a correct decision³⁷. Nevertheless, the rule in civil proceedings is, in first-instance proceedings, a one-person (judge) panel, which has a practical value (everything is decided by the judge, i.e. a professional lawyer). The study shows that the participation of the social factor in the administration of justice in civil proceedings isn't extensive. It concerns strictly defined cases, the catalogue of which is relatively short. The principle arising from Article 182 of the Polish Constitution was made an exception by the legislator in civil proceedings, limiting the

³⁷ See A. Łazarska, T. Szancilo, in: T. Szancilo (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–458¹⁶*, Warszawa 2023, p. 188.

participation of jurors to the necessary minimum, i.e. cases of real social importance. Of course, more such cases could be found (e.g. those related to reprivatisation, i.e. restitution of lost property).

Looking at such a solution from the judge's perspective, it's of course justified, as the judge in the vast majority of cases doesn't have to consult his decisions with people who don't know the law to such an extent as to be of real support to the judge. However, viewed from the perspective of society, it's questionable whether such a solution doesn't constitute an excessive limitation of social control of the judiciary. Nevertheless, it's rightly argued in the doctrine that the participation of jurors in many cases is merely formal, decorative and causes additional unnecessary costs³⁸. Indeed, practice has shown that, while in criminal cases jurors can have a significant impact on delivering fair verdicts that find public approval, in civil proceedings, in the vast majority of cases, legal and procedural issues are of primary importance, and these are, undoubtedly, the domain of the (professional) judge and not of the (non-professional) juror.

Bibliography

- B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warsaw 2012.
- M. Brzezowski, Rola i status ławnika na tle ostatnich zmian w ustawie – Prawo o ustroju sądów powszechnych, *Monitor Prawniczy* 2019, No 20.
- Ł. Chojniak, Udział ławników w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości karnej w Sądzie Najwyższym, *Iustitia* 2018, No 2.
- T. Demendecki, in: A. Góra-Błaszczkowska (ed.), *System postępowania cywilnego. Tom 5. Środki zaskarżenia*, Warsaw 2023.
- T. Ereciński, J. Iwulski, in: T. Ereciński, J. Gudowski, J. Iwulski, *Prawo o ustroju sądów powszechnych. Ustawa o Krajowej Radzie Sądownictwa. Komentarz*, Warsaw 2009.
- J. Gibiec, in: E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2023.

³⁸ J. Turek, *Ławnik...*, p. 1323.

Szancilo, Tomasz. Participation of a social factor in civil proceedings in Poland and the right to a Court. *Revista Ibérica do Direito*, vol. 4, n° 1 (2023). p. 11-26. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

Z. Góralski, *Encyklopedia urzędów i godności w dawnej Polsce*, Warsaw 2000.

J. Gudowski, in: T. Ereciński (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom IV. Postępowanie rozpoznawcze. Postępowanie zabezpieczające*, Warsaw 2016.

K. Knoppek, *Udział obywateli w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości w postępowaniu cywilnym*, *Ius Novum* 2014, No 1.

A. Łazarska, T. Szancilo, in: T. Szancilo (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom I. Art. 1–458¹⁶*, Warszawa 2023.

E. Marszałkowska-Krześ, in: E. Marszałkowska-Krześ, I. Gil (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Legalis 2023.

H. Mądrzak, *Prawo do sądu jako gwarancja ochrony praw człowieka*, in: L. Wiśniewski (ed.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warsaw 1997.

M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warsaw 1992.

M. Rejdak, in: A. Marciniak (ed.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Art. 425–729*, Warsaw 2020.

P. Sarnecki, in: L. Garlicki, M. Zubik (ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, Vol. II*, Warsaw 2016.

P. Sitniewski, *Analiza wyników ankiet prezesów sądów w zakresie wyboru ławników, jakości ich pracy oraz funkcjonowania w ramach wymiaru sprawiedliwości*, in: J. Ruszewski (ed.), *Ławnicy – społeczni sędziowie w teorii i praktyce*, Suwałki 2011.

J. Sobczak, *Sądy i Trybunały*, in: W. Skrzydło (ed.), *Polskie prawo konstytucyjne*, Lublin 2004.

B. Stępień-Zalucka, *Sprawowanie wymiaru sprawiedliwości przez Sąd Najwyższy w Polsce*, Warsaw 2016.

P. Tuleja, in: P. Tuleja (ed.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warsaw 2019.

J. Turek, *Ławnik – sędzia – przysięgły*, *Monitor Prawniczy* 2009, No 24.

S. Waltoś, *Ławnik – czy piąte koło u wozu?*, in: T. Grzegorzczak (ed.), *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*, Warsaw 2011.

Szancilo, Tomasz. Participation of a social factor in civil proceedings in Poland and the right to a Court.
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 11-26. Porto: Iberojur Science Press, 2023.

P. Wiliński, P. Karlik, in: M. Safjan, L. Bosek (ed.), *Konstytucja RP. Tom II. Komentarz do art. 87-243*, Warsaw 2016.

THE INSTITUTION OF ELECTRONIC SURVEILLANCE: THE POLISH AND PORTUGUESE EXPERIENCE

Igor Zgoliński

Kujawy and Pomorze University in Bydgoszcz - Department of Criminal Law

ORCID: 0000-0002-5097-6170

i.zgolinski@akp.bydgoszcz.pl

DOI: <https://doi.org/10.62140/IZ949049839>

Recebido em: 19/11/2022

Aprovado em: 16/12/2022

Summary: A comparative analysis of the Portuguese and Polish experiences related to the implementation and operation of electronic surveillance leads to interesting conclusions. Both countries, taking advantage of the wide technological expansion, at about the same time, introduced into their legal orders on the penal level the same solution from the technical side, albeit with a slightly different use. However, the effects of these implementation mechanisms, regardless of the path taken and its details, are still not close to satisfactory. The article is a compromised analysis of both ways of implementing electronic surveillance, with particular emphasis on the way adopted by Poland. It is also an attempt to answer questions about the reasons for the existing state of affairs and what elements are necessary to improve the functioning of the title institution in such a way that it becomes a more effective instrument influencing criminal policy.

Keywords: electronic surveillance, Polish criminal law, Portuguese criminal law, executive criminal law, pre-trial detention, imprisonment, restricted sentence, security measures.

1. Introduction

The genesis of electronic surveillance dates back to the 1960s. At that time, pilot trials of monitoring convicts began in the US¹. In 1983, electronic surveillance was introduced as "house arrest," and was later made possible with other institutions, such as early release. The electronic surveillance system is part of the so-called Tokyo Rules, listed in the United Nations General Assembly Resolution of December 14, 1990 number 45/110 - "United Nations Model Minimum Rules for Non-Custodial Measures." They call for the creation of alternatives by member states, with the aim of reducing deprivation of liberty and rationalizing justice policies, taking into account the requirements of rehabilitation, social sense of justice and respect for human rights. In 1999, The Committee of Ministers of the Council of Europe, in Recommendation No. R(99)22 on overcrowding in prisons and the rapid growth of the prison population, recommended the use of a system of electronic monitoring of convicts as one way of reducing the prison population. Electronic surveillance undoubtedly also fits in with the above Recommendation. By the way, it minimizes the typical negative effects that prison isolation entails (social and family disintegration, loss of employment, increased demoralization). Thus, it does not expose the convict to those dangers that may be associated with absolute incarceration in a penitentiary unit. It is also not insignificant that serving a sentence under the electronic surveillance system does not constitute the kind of stigmatization of the convict that is associated with incarceration.

2. Portuguese solution

Electronic surveillance was introduced into the Portuguese legal system when the Code of Criminal Procedure was amended in 1998. It was envisaged as one of the coercive measures of remaining at home instead of absolute isolation. It thus became a "soft" alternative to pretrial detention². It applies to those acts that are punishable by a sentence exceeding three years of imprisonment. The essence of electronic surveillance boils down to the fact that a person is not allowed to leave his or her place of residence at a given time (this can be different and does not necessarily have to be the place of residence). In practice, however, electronic surveillance functioned more widely only a few years later, in 2002. As in Poland, electronic surveillance was introduced here in stages, as only in some districts, to cover the whole country after three years. Since 2007, electronic supervision has also become a form of imprisonment and, moreover, an element of the institution of conditional early

¹ J. Jasinski, House arrest (proposal for consideration) [in:] S. Waltoś (ed.), Problems of codification of criminal law. Book in honor of Professor Marian Cieślak, Cracow 1993, pp. 193 et seq.

² Nuno Caiado, Pre-trial electronic monitoring in Portugal, Centre for Crime and Justice Studies 2014, no. 95. <https://www.crimeandjustice.org.uk/publications/cjm/article/pre-trial-electronic-monitoring-portugal>

release and the prohibition of contacts between the convict and the victim. Another expansion of the potential of electronic supervision took place in 2009, and amounted to extending it to contacts of convicted persons with victims of domestic violence, temporary suspension of proceedings, and, moreover, suspension of the execution of a prison sentence. At that time, electronic supervision also found use within the framework of imprisonment of some special categories of convicts, such as the sick, the disabled and the aged. Then, in 2015, its adjudication became permissible in the aspect of prohibiting convicts' contacts with victims of persistent harassment. Since 2017, it is also permissible for a convict during electronic supervision to participate in rehabilitation programs or other programs relevant to the process of social integration³. As in Poland, also in Portugal, home isolation is not continuous, as the subject of supervision can go to work, study, receive medical care, or appear for summonses from state authorities such as the court, prosecutor, police. The introduction of electronic surveillance in Portugal was received very positively⁴. High hopes were pinned on it. The great potential of using this technology and its benefits were seen. The high expectations were mainly related to the need to reduce the penitentiary population, as Portuguese prisons were overcrowded. This was compounded in 2004 by a sort of prison crisis brought on by a significant number of prisoner deaths. In 2007.

The Portuguese Parliament enacted the Code of Execution of Penalties (*Código de Execução de Penas*), which was generally part of the formula for easing criminal repression. The worldwide financial crisis that occurred in 2007-2008 prompted renewed discussion of electronic surveillance as one form of relieving overcrowding in prisons. The situation prompted profound reforms that initially created the Directorate General for Rehabilitation (*Direção-Geral de Reinserção Social, DGRS*), which evolved into the Directorate General for Social Rehabilitation and Prison Services (*Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais, DGRSP*)⁵.

Electronic supervision was inscribed in the humanistic culture of probation, and the very benefits were seen in the process of rehabilitation (which was juxtaposed with a stay in penitentiary isolation, which is not very beneficial in this regard). Finally, it was pointed out that electronic surveillance breaks the classical dichotomy in penitentiary science, figuratively

³ Rafael Granja, *As Implicações Invisibilizadas do Tecno-Otimismo da Vigilância Eletrónica em Portugal*, *Comunicação e Sociedade*, vol. 40, 2021, pp. 247-267.

⁴ Nuno Caiado, *Pre-trial electronic monitoring in Portugal*,...

⁵ Antonio Pedro Dorés, Nuno Pontes, Ricardo Loureiro, *Alternatives to prison in Europe Portugal*, p. 11, <https://www.prisonobservatory.org/alternatives/ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUR%20OPE.%20PORTUGAL.pdf>

reducing it to a formula of freedom versus lack of freedom⁶. It is significant that these expectations have overshadowed certain negative aspects of this institution, such as the need for a permanent and at the same time costly expansion of the electronic surveillance network, the entanglement of the family in the hitherto individual issue of criminal responsibility (which sometimes emanates negatively into family interpersonal relations), or the transformation of the space of the home into a space for deprivation of liberty. The literature, referring more broadly to specific developments in criminal law, also points out that this optimism has reduced the debate on violence in Portugal and in some ways contributed to "victim co-responsibility." It is now pointed out that the fundamental goal of reducing the penitentiary population has not been achieved overall⁷.

3. Polish solution

The fate of electronic surveillance in Poland began a little later than in Portugal, but initially it took a similar shape. They are presented as follows. On September 07, 2007, the Parliament passed the Law on Execution of Imprisonment Outside Prison in the Electronic Supervision System⁸. By design, the law was temporary in nature. Originally it was to be in force until August 31, 2014. Later, its validity was extended indefinitely. This was done on the basis of the Law of July 12, 2013 amending the Law on Execution of Imprisonment Penalty in the Electronic Supervision System⁹. In the following years, legal regulations on electronic surveillance, in a modified form, were introduced into the content of the Executive Penal Code¹⁰ and remain there.

⁶ I will note here that electronic surveillance constitutes a kind of "velvet" deprivation of liberty, but it can just as well be viewed as a mere restriction of liberty. In the "pocovid" era, it may even be considered a kind of lockdown.

⁷ Antonio Pedro Does, Nuno Pontes, Ricardo Loureiro, Alternatives to prison in Europe Portugal. I must add here that I have consciously omitted a broader analysis of the body of doctrine against the background of the operation of the institution of electronic surveillance in Portugal, for this aspect is, after all, the subject of numerous studies not only by specialists in Portuguese law, but also by other academic disciplines, such as Frois, C. (2015). Dos estudos de vigilância, videovigilância e tecnologia. Reflexão sobre o estado da arte. IN M. I. Cunha (ed.), Do crime e do castigo: Temas e debates contemporâneos (pp. 147-157). Mundos Sociais, Henriques, A. (2018, November 23). Foi para a cadeia por não ter electricidade para pulseira. Público. <https://www.publico.pt/2018/11/23/sociedade/noticia/feirante-carta-cadeia-falta-electricidade-casa-1852100>, Van Dunem, F. (2018, November 2). O regime de permanência na habitação e a política criminal do XXI Governo Constitucional. Público, <https://www.publico.pt/2018/11/21/sociedade/opiniao/rezim-permanencia-habitacao-politica-kryminalista-xxi-rzad-constitucional-1851791>

⁸ Journal of Laws 2007, No. 191, item 1366.

⁹ Journal of Laws item 915.

¹⁰ This was done by the Act of February 20, 2015 on Amendments to the Criminal Code Act and Certain Other Acts (Journal of Laws 2015, item 396), and further amended quite significantly by the Act of March 11, 2016 on Amendments to the Criminal Code Act and the Executive Criminal Code Act (Journal of Laws 2016, item 428).

In the Polish legal order, the electronic surveillance system is generally associated primarily with the system of imprisonment. Only temporarily, from July 2015 to April 2016, it was one of the forms of executing a sentence of restriction of liberty. At that time, however, there was a dramatic drop in the number of people under the electronic surveillance system, and the failure of the solutions adopted in 2015 was noted. In general, the introduction of electronic surveillance into the Criminal Executive Code was accompanied by the idea that it was to fit into the formula of free sentences, which correlated with the then clear desire to reduce the imposition of prison sentences with probation. At the time, several legal instruments were implemented in parallel for this restriction. At present, however, the concept of using electronic probation mainly as part of a prison sentence has been returned to, i.e. to the solutions accompanying the 2007 law. However, the legislator has not determined for what reasons the use of probation declined in 2015 - 2016. This could have been influenced by several circumstances, such as the actual number of proceedings initiated in the courts or the intertemporal provisions introduced. Thus, it cannot be ruled out that the decline in the use of electronic surveillance was only temporary at the time, and was a direct result of the major criminal law reform adopted, both in terms of penalties and procedural provisions, rather than the shortcomings of specific provisions contained in the Executive Penal Code¹¹.

Currently, therefore, electronic supervision in Poland is a form of imprisonment, which in its most popular form boils down to controlling the behavior of the convict, who is serving his sentence at home. The law also provides for two other forms of supervision, but they are far less common. The first boils down to ongoing monitoring of the convict's residence (for example, to check his compliance with the stadium ban). The second, on the other hand, is used to check the convict's compliance with the restraining order. In addition, electronic surveillance can also be applied as the mildest of the catalog of security measures - electronic monitoring of the place of residence. These are generally measures applied to insane offenders. As a security measure, it is then executed in the first place. Regarding technical issues, it is necessary to illustrate the steady progress in the capacity of the electronic surveillance system. It will soon be 15 years since electronic supervision was actually in force in Poland. As planned, in the initial stages of the system's operation, the maximum capacity was to be 10000 convicts. In the following years it was to be gradually expanded. However,

¹¹ I. Zgoliński, Commentary to Article 43a of the Executive Penal Code [in:] J. Lachowski (ed.), Executive Penal Code. Commentary, Warsaw 2023, Legalis.

this ceiling has not been reached. As of February 18, 2014, a total of 29,039 convicts had been included in the electronic supervision system since its inception, i.e. since September 1, 2009, of whom 4,919 convicts were serving their sentences under the electronic supervision system, and 24120 convicts had completed their sentences under the system. The number of convicts released from prisons and detention centers to serve their sentences under the electronic supervision system in recent years was, respectively: in 2018. 5,185 persons, in 2019. 5,025 persons, in 2020. 4,816 persons, in 2023. 7791 persons. Currently, about 7,000 convicts are serving their sentences under electronic supervision. The system provides for up to 10,000 places, with an option to expand to 15,000. Further infrastructure development is therefore planned, heavily influenced by the need to reduce prison inmates from the current approximately 65,000 people to 55,000¹².

The first Law of September 7, 2007 on the execution of a sentence of imprisonment outside a penitentiary institution in the electronic surveillance system stipulated that it applied to persons sentenced to a term of imprisonment not exceeding 6 months, and accordingly to those sentenced to a term of imprisonment not exceeding one year, if the time remaining to serve the sentence did not exceed 6 months. It excluded from the circle of those eligible to apply for execution of a sentence under this system those convicted of an intentional crime or a fiscal crime with a sentence of imprisonment, who had previously been sentenced to such a sentence, unless there were conditions for the issuance of a joint sentence. Consequently, it was addressed to a severely limited circle of convicts. Subsequently, this circle was gradually expanded, also in terms of territory. In fact, at the beginning of its establishment, the system was in force only in the Warsaw Appellate Court, then the Białystok, Lublin and Cracow Appellate Courts were included. In 2011, the system was extended to include the following court appeals: Poznań, Gdańsk and Rzeszów, and in 2012. - Katowice, Łódź, Szczecin and Wrocław. Even the experimental nature of the law, in my opinion, did not justify such slow implementation.

The legislator decided in 2015 and 2016 to significantly remodel the electronic supervision system. Currently, a penitentiary court may grant a convict permission to serve a sentence of imprisonment under the electronic supervision system if all of the following conditions are met:

¹² K. Sobczak, *Electronic surveillance can be extended to twice as many people*, published: <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/dozor-elektroniczny-plany-rozwoju,526160.html>

- 1) the convicted person has been sentenced to a term of imprisonment not exceeding one year and 6 months, or the convicted person has been sentenced to a term of imprisonment of less than 3 years and has a portion of this sentence of not more than 6 months remaining to be served in prison, and there are no conditions of special recidivism or professional criminality,
- 2) it is sufficient to achieve the objectives of the punishment;
- 3) the convict has a specific permanent residence;
- 4) adults living together with the convicted person have agreed to it,;
- 5) serving a sentence of imprisonment under the electronic surveillance system is not hindered by the technical and organizational possibilities related to the execution of supervision by the monitoring center operator and the authorized supervisor, as well as the housing conditions of the convict.

A convict who has not begun serving his sentence in a penitentiary may be granted permission to serve his sentence in the electronic supervision system if security considerations and the degree of demoralization, as well as other special circumstances, do not support the need to incarcerate the convict in a penitentiary. A convict who has already begun serving his sentence in prison may be permitted to serve the remainder of his sentence in the electronic supervision system if the convict's previous attitude and behavior support the granting of permission. The court may grant permission to serve the sentence of imprisonment under electronic surveillance despite the lack of consent, if the execution of the sentence under electronic surveillance clearly does not entail undue hardship for the person who has not given his consent, and violates his privacy only slightly.

Currently, a sentence of imprisonment imposed in the form of electronic supervision can only be carried out in the form of stationary supervision. It is not possible to execute this penalty in other forms. Penal and security measures, on the other hand, can only be executed in the form of proximity or mobile supervision. However, they cannot be executed in the form of stationary supervision. Two measures can be executed in the forms of proximity or mobile supervision, that is, a criminal measure in the form of a restraining order against certain persons and a security measure in the form of electronic monitoring of whereabouts.

4. The potential of electronic surveillance

In justifying the intention, which is now in place, the legislator pointed out that electronic supervision brings not only significant financial benefits (the cost of executing a sentence by this means is PLN 564.25 per month, compared to PLN 2,500 in the case of a prison sentence; currently these amounts are almost twice as high), but also that supervision has proven itself perfectly in practice. Convicts value it because it allows them to maintain ties with their families and perform gainful employment, which has a per balance positive significance in the process of rehabilitation and social reintegration. Therefore, it is appropriate to recall what was originally intended when electronic surveillance was initially and piloted. The introduction of the electronic surveillance system was primarily intended to reduce the number of inmates in prisons and to allow convicts to return to society without re-socialization. Unfortunately, it is impossible to give a clear answer to the question of whether these goals have been achieved. No evaluation studies have been conducted in this direction. The system, as can be seen from the statistics, has certainly not eliminated the population in penitentiary units.

Despite this state of affairs, however, the legislature still has not decided to take advantage of all the possibilities that this institution brings. While it did not have the resources to make full use of electronic surveillance, it could have done so through a partial extension. This is what he did, but very carefully. He introduced the solution of electronic mobile supervision, which is to be adjudicated in connection with the interruption of a prison sentence. However, this solution is yet to take effect, which will be on January 1, 2026, unless the legislation is amended by then.

The value of electronic surveillance is, after all, enormous. It is an extremely versatile, even chameleon-like institution, as it adapts to various legal situations. It can be used in actually three branches of penal law, i.e. in substantive criminal law, executive criminal law and criminal procedure. However, the widest possibilities seem to be in substantive criminal law, where electronic surveillance can appear as:

a. A modifier for absolute imprisonment (when part of the sentence is served in prison and part under supervision, including the institution of conditional early release. It should be remembered here, however, that in Poland there are still no so-called weekly sentences, also called weekend sentences, where the convict is incarcerated in prison only for the weekend and then serves his sentence there, and during the rest of the period he may serve it under electronic supervision),

b. one of the forms of imprisonment (which already took place in July 2015 - April 2016, but was consciously abandoned. However, there was a lack of reflection to leave this solution, despite its low popularity in practice, while expanding it to include the option described in point a),

c. an instrument adjudicated under probationary measures,

d. an instrument adjudicated as a protective measure.

Electronic surveillance can also prove itself in Poland in the criminal process. In the catalog of preventive measures, it can be adjudicated as so-called house arrest, adjudicated in lieu of temporary detention. Finally, it can also - as before - appear as a form of serving a prison sentence, and thus function as an institution of executive criminal law. All these possibilities remain unexploited. This undoubtedly affects the effectiveness of this institution.

5. Summary

Against the background outlined above, it is hard not to see numerous parallels in the practicalities of electronic surveillance in Portugal and Poland. As for Portugal, electronic monitoring has been the subject of much public debate and research. During the initial period, it was implemented in stages. Between 2002 and 2004, it applied to pretrial detainees, before becoming an option for the courts' use of other measures. It is recognized that it may be in practice the most significant alternative measure in the Portuguese penitentiary system¹³. However, it still does not meet public expectations¹⁴.

The situation is similar in Poland, where electronic surveillance was introduced into the legal order later, by a different path, and has a different scope of use. However, the Polish legislator did not benefit from the experience of any countries that introduced it earlier, such as Portugal. Neither did it implement all the possibilities indicated above, which are brought by the technology that allows monitoring a convict under electronic surveillance. However, it is not only statutory solutions that stand in the way of full implementation of this technology in the justice system. Equally important are the costs that are associated with the operation of the technical infrastructure needed for this. The currently existing model has not eliminated overcrowding in penitentiary units and it is impossible to forecast that it will

¹³ Nuno Caiado, *Pre-trial electronic monitoring in Portugal*, p. 11.

¹⁴ Rafael Granja, *As Implicações Invisibilizadas do Tecno-Otimismo da Vigilância Eletrónica em Portugal, Comunicação e Sociedade...*, pp. 247-267.

lead to this at all. Thus, it does not properly fulfill its essential function. It should be emphasized that Poland still has one of the highest rates of punitiveness. The population of prisoners serving prison sentences, incarcerated in penitentiaries, is also large. As in Portugal, the introduction of electronic surveillance into the legal order was gradual, accompanied by high social expectations and even so-called "hura-optimism". The face of the practical operation of this institution does not even meet the assumptions underlying its implementation. It should be added here that in detail the Polish solution differs from the Portuguese one, it is only partially convergent with it. However, this is not without influence from the different system of penal reaction, which, after all, is different in both countries. In contrast, the effects of the Polish and Portuguese experiences are the same. As it seems, this is essentially the aftermath of the lack of a comprehensive look by the legislatures of both countries at the potential of this institution, since in both of them it is not used to its full potential. If this were to change, electronic surveillance would certainly be used much more frequently and in many varieties. The main issue that comes to the fore in this regard is the mutual use of each country's experience with the functioning of electronic surveillance to date. Nevertheless, it is worth remembering that the practical face of electronic surveillance is influenced by a number of other factors of a far more specific nature. After all, the matter concerns a rather complex matter, the model of the system of penal reaction, which is slightly different in each country, and, moreover, is associated with certain costs, gradually increasing as the scope of electronic supervision is expanded.

However, the electronic surveillance system is worth closer analysis and progress. It should be remembered that it does not deprive the convict of the possibility of functioning in his previous environment. However, this system seems to inevitably favor convicts who are reasonably well integrated socially. Therefore, it seems advisable, possibly extending the circle of convicts also to those "less integrated", to adopt at the same time the obligation of their cooperation with the probation officer, their performance of socially useful work or participation in various types of programs such as rehab or reintegration. This way of influencing convicts will probably increase the effectiveness of this institution.

How difficult an undertaking it is to correctly normalize the ways in which convicts serve their sentences is shown in particular by the history of the Polish law on the execution of imprisonment outside prison in the electronic surveillance system. However, the Portuguese phased implementation of this institution into the legal order is also a good example. It is therefore necessary to postulate further modifications of the provisions on electronic surveillance, in the direction of increasing its presence in the broader criminal law.

This is because it will increase the palette of criminal law instruments, and thus provide much-needed flexibility in sentencing. This is undoubtedly part of sound criminal policy. Consideration of the availability of options for the use of electronic probation in criminal law, as well as constant technological advances, dictate that electronic probation can become a leading tool to resolve the crisis in criminal policy evident in both countries, consisting in the overly extensive use of imprisonment¹⁵ and the multiplication of costs associated with it. Electronic surveillance is without the slightest doubt the most relevant alternative to this sanction. For these reasons, and given the status of the institution to date, it can be predicted that the importance of electronic surveillance will continue to slowly but steadily increase.

Bibliography

Nuno Caiado, Pre-trial electronic monitoring in Portugal, Centre for Crime and Justice Studies 2014, no. 95. <https://www.crimeandjustice.org.uk/publications/cjm/article/pre-trial-electronic-monitoring-portugal>

Antonio Pedro Dores, Nuno Pontes, Ricardo Loureiro, Alternatives to prison in Europe Portugal, <https://www.prisonobservatory.org/alternatives/ALTERNATIVES%20TO%20PRISON%20IN%20EUROPE.%20PORTUGAL.pdf>

Frois, C. (2015). Dos estudos de vigilância, videovigilância e tecnologia. Reflexão sobre o estado da arte. IN M. I. Cunha (ed.), *Do crime e do castigo: Temas e debates contemporâneos*

Mundos Sociais, Henriques, A. (2018, November 23). Foi para a cadeia por não ter electricidade para pulseira. Público. <https://www.publico.pt/2018/11/23/sociedade/noticia/feirante-carta-cadeia-falta-electricidade-casa-1852100>, Rafael Granja, As Implicações Invisibilizadas do TecnOtimismo da Vigilância Eletrónica em Portugal, *Comunicação e Sociedade*, vol. 40.

J. Jasinski, House arrest (proposal for consideration) [in:] S. Waltoś (ed.), *Problems of codification of criminal law. Book in honor of Professor Marian Cieślak*, Cracow 1993.

¹⁵ See T. Szymanowski, Sentences of absolute imprisonment as a consequence of ineffective penal policy, *State and Law* 2014, No. 4, pp. 79 et seq.

K. Sobczak, Electronic surveillance can be extended to twice as many people,

<https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/dozor-elektroniczny-plany-rozwoju,526160.html>

T. Szymanowski, Sentences of absolute imprisonment as a consequence of ineffective penal policy, State and Law 2014.

Van Dunem, F. (2018, November 2). O regime de permanência na habitação e a política criminal do XXI Governo Constitucional. Público, <https://www.publico.pt/2018/11/21/sociedade/opiniao/rezim-permanencia-habitacao-politica-kryminalista-xxi-rzad-constitucional-1851791>

I. Zgoliński, Commentary to Article 43a of the Executive Penal Code [in:].

J. Lachowski (ed.), Executive Penal Code. Commentary, Warsaw 2023, Legalis.

DIREITO CONDOMINIAL: GUERRA DOS APLICATIVOS NO MERCADO DE LOCAÇÃO

Renato Bezerra Rosado Cascudo Rodrigues

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN

renato_rosado_25@hotmail.com

DOI: <https://doi.org/10.62140/RR237801842>

Recebido em: 06/11/2022

Aprovado em: 12/12/2022

Resumo: O presente artigo versa acerca do compartilhamento de imóvel, por aplicativos, buscando discutir a legalidade do tema em questão, apresentando soluções e objetivando a resolução de litígios. Com isso, pretende-se explorar a respeito da nova plataforma virtual de locação de imóveis, observando com o trinômio: salubridade, segurança e sossego, refletindo sobre as perspectivas da mutabilidade que esta causa traz, na sociedade atual, e os benefícios trazidos por esse. Foi realizada uma pesquisa exploratória, baseada no levantamento bibliográfico, no que diz respeito ao Contrato de Locação e Lei do Inquilinato, além de adquirir embasamento através de revistas imobiliárias e catálogos. Ademais, utilizou-se o método indutivo, partindo da análise de situações concretas do uso dessa ferramenta pela sociedade, conseqüentemente, da ampliação da tecnologia, no mundo atual. Após a realização do presente estudo, foi constatado que há um crescimento das locações por aplicativos de forma exacerbada, já que a sociedade utiliza da tecnologia para desempenhar as devidas atividades profissionais e questões relacionadas ao bem-estar social. Conclui-se que o compartilhamento de imóvel, por plataformas digitais, vem se desenvolvendo e aperfeiçoando, proporcionando benefícios à sociedade, englobando flexibilidade, comodidade e custo benefício.

Palavras-chaves: Compartilhamento de imóveis; Regulamentação; Locação; Hospedagem; Plataforma digital; Inovação; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: This article deals with the sharing of real estate by applications, seeking to discuss the legality of the issue in question, presenting solutions and aiming at resolving disputes. With that, we intend to explore the new virtual rental platform, observing with the trinomial: healthiness, security and quietness, reflecting on the perspectives of the mutability that this cause brings in the current Society, and the benefits brought by this. In addition, it will be proposed the standardization of the theme, demonstrating that such action will be essential for the perpetuation and development of this new form of location. Na exploratory research was conducted, based on the bibliographic survey, regarding the Tenancy Agreement and Tenancy Law, as well as acquiring grounding through real estate magazines and catalogs. In addition, the inductive method was used, starting from the analysis of concrete situations of the use of this tool by Society, consequently, the expansion of technology in the current world. After this study, it was found that there is an increase in the location of applications by way of exacerbation, since Society uses technology to perform the proper professional activities and issues related to social welfare. It is concluded that the sharing of property by digital platforms has been developing and improving, providing benefits to Society, encompassing flexibility convenience and cost benefit.

Keywords: Real Estate Sharing; Regulation Location; Accommodation; Digital platform; Innovation; Superior Court of Justice.

1. Introdução

A presente pesquisa visa atuar sobre a perspectiva do compartilhamento de imóveis, por plataformas digitais, tratando indagações que são postas pela sociedade, buscando o desenvolvimento e melhoria na temática exposta. É evidente que apesar de apresentar um número significativo de usuários no aplicativo, um dos maiores desafios está relacionado à ausência de um entendimento consolidado e conseqüentemente, de uma normatização que pudesse entregar uma maior confiabilidade e segurança jurídica aos envolvidos.

Observa-se que o Superior Tribunal Justiça apreciou poucos casos relacionado a presente temática, explicitando o entendimento que a locação de imóveis pode ser vedada, caso a convenção condominial, de forma expressa, detenha tal aspecto.

Antes da realização da análise, foi necessária uma pesquisa exploratória, baseada no levantamento bibliográfico, no que diz respeito a Contrato de Locação e Lei do Inquilinato,

possibilitando que os dados a serem colhidos possam ser interpretados e entendidos, a fim de esclarecer sobre esta plataforma digital e suas modalidades. Além de ser uma pesquisa documental, na qual foram utilizadas revistas imobiliárias e catálogos.

Considerando-se os objetivos da pesquisa, utilizou-se o método indutivo, partindo da análise de situações concretas do uso dessa ferramenta pela sociedade, conseqüentemente da ampliação da tecnologia, no mundo atual. Por outro lado, houve o uso do método auxiliar comparado, na medida em que se utilizou da análise de dados estatísticos referentes à eficiência da plataforma digital em questão.

No decorrer desse artigo, será explanado se o compartilhamento de imóveis deve se basear na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91) ou na Lei 11.771/2008, que regula a política nacional de turismo. Dito isso, serão expostas as correntes, com seus devidos defensores como o Ministro Luís Felipe Salomão, a Relatora Ana Catarina Strauch, Tribunal do Rio de Janeiro, além do Ministro Raul Araújo que sustentam e seguem teses antagônicas as quais compõem o assunto abordado.

As referidas correntes tratarão de explicar se este compartilhamento trata-se de uma locação tradicional ou uma hospedagem, e, por conseguinte, se aprofundará em suas peculiaridades. Ademais, é argumentado pelas correntes que essa temática traz benefícios e malefícios aos envolvidos que usufruí dessa plataforma. Um ponto relevante e propiciado por uma das correntes, que mais se coaduna com o entedimento jurídico prevalecente, é que com a utilização dessa inovação, por entender que trata de uma hospedagem acreditam que não é possível a locação em um imóvel residencial, pois afastaria a característica residencial. Além disso, a corrente supõe que a efetividade do uso do imóvel causaria uma minoração no conforto e segurança dos condôminos, sendo um ponto crucial em sua tese.

A corrente distinta, vencida em julgamento recente, trazida pelo relator, o Ministro Luís Felipe Salomão (Resp. nº 1819075/ RS (2019/0060633), acredita que o compartilhamento de imóveis pelo aplicativo está estritamente ligado à lei de locações, sendo assim uma faculdade do proprietário de alugar o próprio imóvel, atributo este do direito de propriedade.

Tal temática encontra-se em evidência, na sociedade brasileira, e em Tribunais, entretanto, existem diversos entendimentos quanto ao assunto causando dúvidas e insegurança na sociedade.

Diante disso, iniciou-se o julgamento acerca da temática, no qual o Ministro Luís Felipe Salomão apresentou o seu entendimento, esclarecendo que a compartilhamento por plataforma digital não é capaz de alterar a destinação econômica do imóvel, por entender que se trata de locação. Após a tese apresentada pelo Relator, o Ministro Raul Araújo divergiu de tal entendimento, suscitando que a locação de imóvel por aplicativo não altera a destinação residencial para comercial, entretanto, afastaria característica intrínsecas do instituto da residência. Entretanto, caso a convenção condominial nada estipule quanto a presente temática, os proprietários podem locar por meio de aplicativos. Os ministros Isabel Galloti e Antônio Carlos Ferreira seguiram o entendimento do Ministro Raul Araújo.

No presente trabalho, será abordada a plataforma digital Airbnb, as políticas de privacidade e de uso do aplicativo, pelo fato de que tais são explanadas nos argumentos por uma das correntes, evidenciando que a plataforma se preocupa em manter a segurança e o sossego dos condôminos. Como também, será elucidado o direito de propriedade, suas características e os atributos que são inerentes ao titular do direito, cabendo a este o exercício.

A plataforma ao ser iniciada gerou incógnitas, na sociedade em geral, indagando-se se realmente seria algo que iria se concretizar no Brasil, devido à ausência de regulação da temática. Por fim, neste trabalho, será evidenciado o desenvolvimento e aprimoramento dessa ferramenta, exemplificando com dados reais de que a plataforma causa impactos econômicos e tem grande probabilidade de se perpetuar como case de sucesso.

2. Contexto Geral De Contrato De Aluguel

Segundo Clovis Beviláqua (1934 apud GONÇALVES, 2008, p.245), o conceito clássico de contrato de aluguel é “acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”. Dito isso, é perceptível que se trata de um contrato que há o predomínio da autonomia da vontade, desde que em conformidade com a ordem jurídica.

Destarte, o contrato de aluguel é aquele em que o proprietário do imóvel tem como obrigação conceder ao locatário o objeto da relação mediante pagamento, de forma temporária tendo o locatário o direito de uso e gozo.

O contrato de locação é algo tão presente, na sociedade, que o próprio Código Civil reserva vários artigos se referindo as obrigações do locador e do locatário, tornando este um contrato seguro para os envolvidos. Observa-se que além da segurança que o Código Civil

assegura, é viável que as cláusulas contratuais, acordada pelas partes, tragam mais garantias, com base na lei específica do Inquilinato.

Portanto, é explícito que o contrato de aluguel possui algumas formas, nas quais uma parte é regulada pelo Código Civil e a outra por uma lei própria (Lei do Inquilinato). Logo, serão explanadas no seguinte ponto, as diferenças entre a locação por temporada e a locação residencial.

2.1 Locação por temporada e locação residencial

A locação por temporada é uma modalidade de aluguel bastante utilizada pela sociedade, principalmente, em épocas de férias nas quais existe uma procura por imóveis para que estas possam se desvincular de obrigações e trabalhos, e consigam praticar o lazer.

Observa-se, que esta modalidade pode ser utilizada pelas partes contratuais em diversas situações nas quais os indivíduos estejam inseridos. Cabe ressaltar que essa modalidade pode ser praticada tanto por pessoa física como jurídica.

Em conformidade, com o Artigo 48 da Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato)¹, é totalmente viável a locação de um imóvel pelo interesse de um indivíduo, para que se possa realizar um tratamento de saúde, prática de lazer, realização de cursos, realização de uma obra em seu imóvel, ressaltando que o imóvel pode estar mobiliado ou não.

É perceptível que a locação de imóvel por temporada possui características peculiares, na qual a principal está relacionada ao período máximo em que o imóvel possa ser locado a outro indivíduo.

O referido artigo, que se refere a esta modalidade, estipula que para ser utilizada deve haver um tempo determinado, não sendo este período superior a 90 dias.

Diante do exposto, caso não sejam respeitadas as peculiaridades dessa modalidade de locação ou até mesmo contenha um ajuste temporal superior ao período permitido, o

¹ Art. 48 Considera-se locação para temporada aquela destinada à residência do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feita de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a 90 dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.

referido contrato não será mais regido pelas regras inerentes à locação para temporada, mesmo que seja nominado como sendo, conforme prevê o artigo 50 da Lei do Inquilinato².

Percebe-se que a locação por temporada é algo crescente, na sociedade atual, e que em consequência disso, algumas situações adversas surgiram, nas quaisalguns condôminos observam e acreditam que a grande rotatividade de pessoas pode trazer transtornos ao condomínio, esses relacionados ao não cumprimento das regras condominiais, além de que, pode haver o aumento nas despesas do condomínio.

Já que ao ser firmado o contrato de locação, por temporada, entre o condômino e o locatário, este não estipula a quantidade de pessoas permitidas, atualmente, alguns condomínios estabelecem a capacidade máxima de pessoas naquele apartamento, além de definir o período mínimo da locação, objetivando uma maior organização, controle e diminuição na rotatividade de pessoas.

A locação residencial é outra modalidade regida pela Lei do Inquilinato, em que há preocupação na moradia do locatário ou de sua família. Em razão disso, há uma diferença entre residência e moradia, uma vez que o termo residência é sinônimo de estabilidade e a morada é uma permanência em caráter temporário, conforme (RIZZARDO, 2009, p. 486 - 487), residência é o lugar onde alguém fica habitualmente, ainda que sem a intenção de nele permanecer sempre. Seu elemento essencial é a habitualidade.

A palavra “morada”, no entanto, tem um conteúdo mais restrito ou relativo, significando a permanência transitória e precária, sem ânimo de fixação estável. Assim que se alguém se hospeda em um hotel, embora o habitandonele tem a sua moradia, se carecer de ânimo de permanência em caráter definitivo. Não se configura ainda residência na hipótese de umdoente se internar em uma casa de saúde, em tratamento, pois falta o requisito da habitualidade e da definitividade.

Os imóveis que são utilizados com a finalidade de moradia são enquadrados como

² Art. 50 Fim do prazo ajustado, se o locatário permanecer no imóvel sem oposição do locador por mais de 30 dias, presumir-se à prorrogada a locação por tempo indeterminado, não mais sendo exigível o pagamento antecipado do aluguel e dos encargos. Parágrafo único. Ocorrendo prorrogação, o locador somente poderá denunciar o contrato após 30 meses de seu início ou nas hipóteses do artigo 47.

locação residencial, tendo este como característica a possibilidade de um período mais amplo na locação, já que a Lei do Inquilinato garante uma vigência mínima de 30 meses, segundo o artigo 46³, da referida Lei.

3. Locação Por Temporada X Contrato De Hospedagem

Com relação ao regime jurídico, a Lei 8.245/91 em seu artigo 1º, alínea “a”, parágrafo 4º⁴, expressa que se o indivíduo reserva um apart-hotel ou até mesmo um hotel-residência, essa relação não será regida pela Lei do Inquilinato, mas sim pelo próprio Código Civil e/ou até mesmo pela Lei Geral do Turismo. Nesses casos, o proprietário do estabelecimento deve se preocupar não somente com o compartilhamento do local, mas também em apresentar os serviços inerentes a essa modalidade, fazendo com que este possua comodidade, conforto e bem-estar, com base no art. 235 desta lei. Atualmente, existem divergências em

³ Art. 46 Nas locações ajustadas por escrito e por prazo igual ou superior a trinta meses, a resolução do contrato ocorrerá findo do prazo estipulado, independentemente de notificação ou aviso.

⁴ Art. 1º A locação de imóvel urbano regula-se pelo disposto nesta lei: Parágrafo Único. Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:

a) as locações: 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas; 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; 3. de espaços destinados à publicidade; 4. Em apart-hotéis, hotéis – residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar.

⁵ Art. 23 Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hospede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviço de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

§ 1º Os empreendimentos ou estabelecimentos de hospedagem que explorem ou administrem, em condomínios residências, a prestação de serviços de hospedagem em unidades mobiliadas e equiparadas, bem como outros serviços oferecidos a hóspedes, estão sujeitos ao cadastro de que trata esta lei e ao seu regulamento.

§ 2º Consideram-se prestação de serviço de hospedagem em tempo compartilhado a administração de intercâmbio, entendida como organização e permuta de períodos de ocupação entre cessionários de unidades habitacionais de distintos meios de hospedagem.

entendimentos, se o compartilhamento de imóveis, com serviços inerentes, se trata de uma locação temporada ou hospedagem atípica. Parte da doutrina, como o Ministro Luís Felipe Salomão (Resp. nº 1819075/ RS (2019/0060633)), possui o entendimento de que reserva em hotéis com serviços inclusos, possui um regime jurídico de hospedagem, e jamais poderá essa relação ser regida pela lei do inquilinato, até porque essa somente poderá reger situações de locação, podendo ser de qualquer modalidade, como a locação temporada, locação residencial ou até a locação não residencial, chamada também de locação comercial. A distinção destes, de acordo com Capanema de Souza (2010,p. 207),

Cabe ressaltar, finalmente, que a locação por temporada não se confunde com aquelas celebradas em apart-hotéis, hotéis-residência ou assemelhados, cujo regime jurídico se subsume ao sistema do Código Civil, na forma do que dispõe o parágrafo único, alínea a, nº 4, ficando estas últimas fora do pálio protetor da Lei do Inquilinato.

A diferença é que nas locações de imóveis por temporada, ainda que mobiliados, o locador não fornecer serviços regulares ao locatário, tal como se exige nos apart- hotéis.

Nestes, há um misto de contrato de locação de coisa e de locação de serviços, caracterizando, muito mais, o contrato atípico de hospedagem.

Quanto à locação, é importante ressaltar que não se faz necessária a prestação dos serviços regulares, por parte do locador, assim como não se faz necessário o imóvel ser mobiliado ou não.

O surgimento de plataformas de compartilhamento de imóveis ocasionou diversos problemas, causando discussões jurídicas e até sociais. Uma parte da sociedade se indaga quais as reais consequências do compartilhamento de imóveis por plataformas digitais e até mesmo qual a natureza jurídica dessa relação, seria uma locação ou hospedagem?

Diversos tribunais, como o Tribunal de Pernambuco⁶ e do Rio de Janeiro⁷, adotam o raciocínio de que há uma ilegalidade do compartilhamento de imóveis, por entender que

⁶ Agravo de instrumento. Direito processual civil e civil. Condomínio residencial. Locação por temporada de cômodos em apartamento. Violação à convenção de condomínio. Edifício exclusivamente residencial. Uso nocivo da propriedade. Utilização do imóvel de maneira prejudicial à segurança, sossego e bem estar dos demais condôminos. Recurso a que se nega provimento.

⁷ Apelação cível. Ação declaratória. Locação de apartamentos para temporada vetada pelo condomínio. Prazo para cessação da locação e multa, para hipótese de descumprimento da citada regra proibitiva, fixados em assembleia geral extraordinária. Restrição ao direito de propriedade respaldada na teoria da pluralidade dos direitos limitados. Precedente do e. Stj. Alegação de cerceamento de defesa realizado na age. Sentença de improcedência. Irresignação do autor.

esta relação trata-se de uma hospedagem. Sendo assim, acredita que se fosse concretizado, a destinação do condomínio que é de moradia deixaria de ser e passaria a ser comercial, alterando assim a sua destinação. Além disso, esse acordo estaria submetido à Lei 11.771/2008, que regula a Política Nacional de Turismo.

Essa discussão gera exigências, pois segundo o Art. 24, alínea “a” e “b”, inciso I e II da lei citada anteriormente, “condomínio hoteleiro, flat, flat hotel, condomínio residence, loft, apart-hotel, apart-service, condominial, condohotel e similares”, impõe a apresentação de documentos como a licença edilícia de construção, convenção de condomínio que preveja a prestação de serviços hoteleiros aos usuários em um sistema associativo.

Por outro lado, os defensores da segunda corrente, como o Ministro Luís Felipe Salomão e a Relatora do referido julgado Ana Catarina Strauch acreditam que só existirá hospedagem quando o condomínio oferece serviços básicos que são ligados a estes, como é o caso do imóvel possuir recepção, serviço de limpeza e arrumação. Além disso, estes afirmam que o mero compartilhamento de unidades residenciais, não é capaz de alterar a destinação econômica do condomínio, pelo fato de que os serviços devem ser prestados de forma efetiva.

Quanto a tal temática, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, Isabel Galloti, Antônio Carlos Ferreira e Raul Araújo, entendem que o compartilhamento de imóveis por aplicativos, não alterará a destinação econômica do condomínio, entretanto afastam características do instituto da residência.

Diante disso, entendem e suscitam que a convenção condominial pode vedar qualquer locação de imóveis por aplicativos, tendo em vista, o argumento trazido acima.

É importante ressaltar que esta corrente é predominante nos precedentes jurídicos. Aliás, é um direito do proprietário a faculdade de locar ou não o seu imóvel, conforme o art. 1.228 do Código Civil⁸. Entretanto, ressalta-se também que é um dever do proprietário respeitar o regimento interno do condomínio, como também respeitar seguir os ditames da convenção condominial de forma integral.

⁸ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Nesse capítulo, se discorrerá sobre o instituto da propriedade, relacionando aos atributos e características que são inerentes a eles. Evidenciando a perspectiva dos direitos e deveres do condômino, mais especificamente a questão, se porventura a locação por aplicativos fere o direito de sossego, salubridade e segurança que deve ser respeitado pelo proprietário. Serão abordadas, também, as eventuais restrições que a propriedade pode sofrer. Cabe ressaltar, que tal capítulo utilizará como base o Código Civil e o julgamento da 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça.

4. A Limitação Do Direito De Propriedade Nos Condomínios Edifícios

O instituto da propriedade é um direito complexo o qual possui atributos em que cabe ao seu titularo exercício deles, que são o direito de usar, gozar, dispor e reivindicar o imóvel (CHAVES E ROSENVALD, 2016). Os atributos são observados no direito de propriedade, uma vez que somente o titular do imóvel poderá praticar atos que sejam de sua vontade, tais atributos são elencados no artigo 1.228⁹ do Código Civil. Portanto, o termo propriedade relaciona-se a direitos inerentes em que o titular está livre para exercer e possui formas para que tal direito seja protegido.

O direito de usar é relacionado à faculdade do proprietário de utilizar como bemquerer, sem alterar a destinação econômica do imóvel. Sendo assim, de acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2004, p. 20),

É a faculdade do proprietário de servir-se da coisa de acordo com a sua destinação econômica. O uso será indireto ou direto, conforme o proprietário conceda utilização pessoal ao bem, ou em prol de terceiros, ou deixe-o em poder de alguém que esteja sob suas ordens – servidor da posse.

A faculdade de gozo é um exercício em que o proprietário poderá explorar, economicamente, dos frutos e produtos que tais imóveis possam conceder. A título

⁹ Art. 1228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

de exemplo, cita-se o caso em que o proprietário ao alugar o seu imóvel, receberá uma retribuição financeira devido ao fato de que está privado do direito da posse direta.

Destarte, relacionando aos dois atributos citados acima, certifica-se que os proprietários podem alugar seus imóveis como bem desejarem. Com relação ao exercício de dispor, o proprietário poderá escolher a destinação que o bem terá, adequando com a finalidade econômica e até mesmo alienar o imóvel para um terceiro.

Entretanto, o proprietário pode sofrer restrições, tendo em vista que a convenção condominial pode, de forma expressa, proibir atos e condutas, que antes era permitido, como por exemplo, a locação de imóveis por aplicativos.

Tais atributos da propriedade são utilizados como argumentos por estudiosos que defendem a não possibilidade de proibição do compartilhamento de imóveis, por plataformas digitais, assim como o Ministro Luís Felipe Salomão, que afirma: a partir do momento que o indivíduo se torna titular da propriedade, este adquire todos os direitos inerentes à propriedade, inclusive o direito de uso e gozo. As faculdades citadas são as mais evidenciadas, devido ao fato de que tal direito está relacionado diretamente a esta questão. Dito isso, em harmonia com Fiuza, César (2008, p.763),

Direito de uso: É a faculdade que tem o titular de colocar o bem a seu serviço, desde que não cause danos a terceiros nem infrinja a Lei.

Direito de fruir ou gozar: Fruir ou gozar é obter todas as vantagens que a coisa proporcione. Pode conter em si o direito de usar. Normalmente, quem frui, usa. Porém, nem sempre. Quem aluga imóvel a terceiros, apenas frui, ou seja, recebe alugueis, mas não usa: quem usa é o inquilino.

Em contrapartida, a propriedade possui algumas características inerentes, contemplando a questão da elasticidade, uma vez que poderá ser exercida de várias maneiras pelo proprietário, inclusive o imóvel ser objeto de locação através da locação convencional e por plataformas digitais. Em conformidade com Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016, p.299),

Apesar de o direito de propriedade persevera com titularidade exclusiva, a elasticidade poderá resultar em cisão dos poderes dominiais em favor de outras pessoas. Se a propriedade plena corresponde ao domínio consolidado em seu titular, a propriedade limitada se prende a uma fragmentação de parcelas do domínio.

Outra característica do mesmo instituto é a exclusividade, que prevê que o mesmo imóvel não poderá pertencer a duas ou mais pessoas, devendo existir a exclusividade quanto ao domínio do imóvel. Portanto, caberá a uma pessoa a faculdade de todos os atributos previstos no artigo 1228, já que a propriedade é una e indivisível. Tal característica proporciona dúvidas quanto ao condomínio tradicional, pelo fato que todos os condôminos são proprietários, porém a explicação que se dá é que tal situação não viola a exclusividade da propriedade, pois os proprietários possuem uma fração ideal do todo.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2016) explicam que a propriedade possui como característica a perpetuidade, a qual tal instituto possui duração ilimitada, independentemente do exercício do proprietário, podendo ser extinta pela vontade do titular nas hipóteses previstas em Lei, como a usucapião ou desapropriação. Há uma flexibilização da perpetuidade, caso a função social não seja observada pelo proprietário, podendo assim a usucapião ser atingida ou até mesmo o poder público realizar a desapropriação.

A propriedade é um direito absoluto, cabendo ao proprietário a faculdade de dispor, usar, gozar e reivindicar. Além disso, deverá ser observada se tal imóvel está cumprindo a função social, em consonância com o desenvolvimento sustentável. A função social da propriedade se atenta a averiguar se o imóvel desempenha a finalidade econômica que o bem deve apresentar¹⁰.

Sob outra perspectiva, o direito de propriedade pode sofrer limitações, no exercício desse instituto, que são classificadas por Louis Josserand¹¹, como as limitações derivadas da função social, as estabelecidas no interesse da coletividade, as que são ditadas pelo interesse das propriedades vizinhas e as que são impostas pela vontade do homem.

¹⁰ O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade um poder-dever. Para estar em conformidade com direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna. “(STJ, AgRg no REsp. 1138517/MG, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, Diário de Justiça 1º de Setembro de 2011.

¹¹ Apud MALUF, Carlos Alberto Dabus. Limitações ao direito de propriedade, p.46.

Em relação ao direito de vizinhança, pode acontecer da norma jurídica limitar o exercício dos atributos da propriedade, relacionado, principalmente, ao uso e gozo da propriedade, objetivando a convivência social entre os vizinhos. Todas as restrições impostas

- pelos próprios proprietários - irão garantir uma relação harmoniosa evitando conflitos permanentes entre os mesmos, garantindo bem-estar e sossego a todos os titulares da propriedade. De acordo com Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2016, p. 610),

Há restrições à propriedade que surgem em face da necessidade de conciliar o exercício por parte de proprietários confinantes, pois a vizinhança, per se, é fonte permanente de conflitos. O conflito de vizinhança nasce sempre que um ato do proprietário ou possuidor de um prédio repercute no prédio vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incomodo ao morador.

Portanto, caso os condôminos deliberem na convenção condominial, com o intuito de vedar a locação de imóveis por aplicativos, é totalmente possível.

Os direitos de vizinhança são considerados recíprocos e abstratos quanto ao destinatário das normas que estas se aplicam, primeiramente, devido às restrições que são impostas a todos os condomínios e por fim, pelo fato que todos os proprietários do imóvel que sofrem algum tipo de restrição estão obrigados a cumpri-la. Destaca-se que tais direitos são considerados obrigações *propter rem*, ou seja, ao se tornar proprietário, conseqüentemente, os encargos vêm de forma imediata, pelo fato de a obrigação está relacionada àquela propriedade e não a titularidade.

As normas jurídicas podem limitar alguns atributos da propriedade, porém não poderá coibir todas as faculdades que estão inerentes aos proprietários, razão pela qual os titulares das propriedades devem possuir liberdade acerca da prática de seus direitos. As restrições podem ser impostas sobre algum atributo que seja prejudicial ao sossego, segurança e salubridade dos seus vizinhos, tal prática serve para proporcionar um equilíbrio nas relações de vizinhança.

O principal objetivo do direito de vizinhança é que os proprietários ou possuidores utilizem o imóvel da maneira que desejarem, sem que afete o sossego, segurança e a salubridade dos vizinhos. Estes devem se atentar as regras condominiais e até morais para que possa existir a relação ideal e de respeito entre os moradores. Seguindo esse raciocínio, Villas Bôas (2009, p. 226) sustenta que,

Se o vizinho não for atento às regras de boa convivência, utilizando-se de sua propriedade em condições anormais à sua época, meio ou ao grupo de convivência, não conseguirá atender de maneira efetiva à finalidade da vizinhança, posto que a conduta anormal de um vizinho, fatalmente atingirá a regularidade da conduta de outro vizinho, provocando-lhe alterações não queridas de seus hábitos, perturbando-lhe a tranquilidade, segurança ou saúde.

O direito de vizinhança se preocupa em restringir o mau uso da propriedade pelos seus titulares, visando mensurar os atos destes que violem os deveres dos condôminos¹². Observa-se que a propriedade quando utilizada de maneira habitual, busca respeitar a salubridade, sossego e segurança do imóvel. Quanto aos deveres dos condôminos, Miranda (2014, p.16) evidencia que é importante notar que, em muitos casos, as perturbações sonoras podem molestar, simultaneamente, o sossego, a saúde e a própria segurança dos vizinhos. Afora os danos mais facilmente delineáveis, os inúmeros outros se inter-relacionam como no caso dos ruídos que impedem o repouso, acabando por comprometer a saúde (pela ausência de recuperação de energia, dentre outras) e a própria segurança do indivíduo (pela acentuada queda dos reflexos diante da ausência de descanso necessário).

Diante do exposto, é realçado que o principal fundamento dos indivíduos e Tribunais como o de Pernambuco, que defende a ilegalidade da locação de imóveis por plataformas digitais, é devido à possibilidade de afetar o trinômio citado acima. Entretanto, a corrente minoritária alega que, é notório que as plataformas digitais, como Airbnb, possuem uma política de privacidade e uso, objetivando a excelência na relação das partes interessadas e a segurança dos demais vizinhos. Com os avanços tecnológicos, é essencial que a locação, por meio de aplicativos, seja viável e autorizada para que seja praticada.

Entretanto, é bem verdade que deve-se observar se a plataforma escolhida garante as partes interessadas e ao próprio imóvel a saúde, segurança e sossego.

¹² Art. 1277 “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais a segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo Único: Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Em suma, é possível que o imóvel inserido em um condomínio pode sofrer algumas restrições a fim de garantir a paz social e a boa convivência dos vizinhos. Além disso, existem os regimentos condominiais que devem ser respeitados, proporcionando a tranquilidade dos proprietários.

Outro aspecto trazido pela corrente vencida, é que caso não sejam respeitados, conseqüentemente, o indivíduo está violando o trinômio do sossego, salubridade e segurança e a esse caberá sanção prevista em convenção. Por outro lado, os imóveis que não estão localizados em condomínios, possuem restrições inferiores, pois essas não estão sujeitas a regras condominiais ou convenções, mas aos bons costumes.

5. O Uso Das Plataformas Digitais

Houve uma alteração, em relação aos costumes, que a sociedade tinha, quando por uma necessidade precisava se ausentar de sua cidade. É bem verdade que a sociedade dos anos anteriores, quando viajavam, buscava se hospedar em hotéis por intermédio deste. Em compensação, a sociedade atual bastante tecnológica, busca resolver seus afazeres por meio da plataforma virtual, tanto pelo seu custo benefício como pela sua comodidade. É válido ressaltar que o surgimento de aplicativos com essa função proporcionou o crescimento dos usuários]

dessa ferramenta, conforme é explícito na pesquisa do Airbnb (2019) que mostra um crescimento de 71%, em comparação com o ano de 2018.

Um exemplo de sucesso é a startup chamada Airbnb, sendo esta, uma empresa mundial que tem como principal funcionalidade a divulgação intermediária de imóveis de clientes para locação, em que a partir da concretização da relação, a empresa administra o pagamento de aluguel, resolvendo um problema que pudesse surgir caso não houvesse o pagamento.

Grande parte da sociedade está aderindo a essa plataforma, se adaptando a novas formas de locações, devido à facilidade e praticidade referentes ao próprio aplicativo e aos serviços que estão disponibilizados por alguns anfitriões.

A título de exemplo, quando o proprietário disponibiliza o seu imóvel na plataforma, este deve informar, com veracidade, quais as características daquele local, informando a área do imóvel, e até disponibilizando fotos para a comprovação, bem como, os serviços que são

ofertados por ele. Pode-se observar que algumas áreas do próprio imóvel podem ser limitadas pelo proprietário, porém, para que isso aconteça, o locador deve informar ao locatário tal condição.

Mesmo diante de uma nova forma de locação e desta possuir tantos avanços tecnológicos, pode acontecer do proprietário do imóvel não expressar informações totalmente verídicas quanto à característica física do imóvel ou até mesmo administrativa do condomínio, omitindo algum ponto, fazendo com que possa haver um aborrecimento do locatário. Nesse caso, cabe ressaltar que essa relação é regulada pela Lei do Inquilinato.

Em outra vertente do negócio, para que o usuário possa analisar quais imóveis estão disponíveis, na plataforma, este deve realizar um cadastro com informações pessoais e residências que será analisado pela equipe do aplicativo e caso seja verificado e confirmado, o usuário receberá um selo em seu perfil. O selo significa que o novo usuário prestou todas as informações de forma verídica e necessária para o ingresso na plataforma. É importante observar que quando o proprietário anunciar o seu imóvel na startup, e o eventual locatário demonstrar interesse, o dono verificará se este tem o selo.

Ademais, o Airbnb possui uma política de privacidade de excelência, pelo fato de que esta lida com informações pessoais e se preocupa em resguardar todas essas informações em sigilo. Diante do exposto, o anunciante do imóvel só terá acesso aos dados do interessado, depois da confirmação da reserva.

Toda essa política de privacidade contribui bastante para que novos usuários possam ingressar na plataforma com segurança. Esse é um dos principais argumentos que as pessoas utilizam para defender que os imóveis em prédios residências podem ser disponibilizados na plataforma.

Nessa plataforma digital, além do eventual interessado analisar a estrutura física do imóvel, este deve se adequar às condições e regras do imóvel. Quanto a isso, a diretora jurídica do Airbnb, no Brasil, relata que os proprietários estão diante de um contrato de adesão no qual não pode modificar cláusulas, só cabendo a este seguir.

Contudo, o Airbnb além de ser de grande importância para a sociedade, relacionado à estadia, atualmente, este funciona como uma renda extra ao anfitrião, uma vez que este possui uma maior facilidade em alugar o seu imóvel. Evidenciando essa informação, de

acordo com pesquisas do próprio aplicativo Airbnb¹³, “a movimentação do aluguel, por temporada, no ano de 2018, resultou em uma renda anual média ao anfitrião típico de capital de R\$ 6.570,00 (seis mil, quinhentos e setenta reais).” Segundo a mesma pesquisa, 44% dos usuários desse aplicativo, utilizam para completar a renda.

Como foi dito anteriormente, o Airbnb atravessa um momento de prosperidade e devido a isso existe um movimento de parte da sociedade que defende a normatização específica para os serviços de locação por aplicativos. Os hoteleiros acreditam que deve ser regulamentada, já que perceberam que perderam espaço no mercado e caso haja normatização desse tipo de modalidade, em específico, tem a convicção de que iriam ser reinseridos no meio.

Além disso, a partir do momento que houver a normatização haverá encargos a ser pagos pelas plataformas, e conseqüentemente, fará com o que o preço da locação pelos aplicativos seja elevado. A partir disso, poderá ver preços equiparados, fazendo com que tenha uma real concorrência.

Outra parte da sociedade defende que a locação, por aplicativos, deve ser

regulamentada, por acreditar que tornaria o aplicativo mais confiável. Segundo o relator Luís Filipe Salomão, há uma necessidade na normatização, pensando na perpetuidade da startup, uma vez que esta tem a convicção de que caso não haja a legislação sobre o tema, essa atividade poderá se extinguir.

Dito isso, o Ministro Luís Filipe Salomão (Resp. nº 1819075/ RS (2019/0060633)) afirma que, “há uma pulverização de regulamentação dessa atividade, mas tem um ponto comum – a busca pela regulação. Há necessidade de regulação.” Como também, alega a questão econômica como uma causa para que se possa ter a regulação dessa startup, apresentando dados econômicos relacionados à geração de emprego que tal atividade proporciona, além da geração de renda. Referido-se sobre isso, o ministro Luís Felipe explana que tal plataforma girou quase 8 bilhões a economia.

¹³ AIRBNB. **Airbnb cresce 71% em chegadas de hóspedes no Brasil em 2019** 2019. Disponível em: <https://press.airbnb.com/br/airbnb-cresce-em-hospedes-2018/> . Acesso em: 15 set. 2019.

Não é só parte da sociedade ou concorrentes dos locadores por plataformas que estão aderindo à ideia da normatização desse novo modelo de negócio. Importa observar que os municípios estão atuando de forma direta para que haja uma legislação regularizando essa atividade. Isso se explica pelo fato que o município acredita que essa locação, em imóveis, pode ser analisada como de cunho econômico ou comercial e, portanto, a parte deverá pagar impostos ao Estado.

Em análise a essa temática, observa-se que no Congresso Nacional, atualmente, existem dois projetos de Lei os quais pretendem modificar a Lei do Inquilinato – Lei 8.245/91, inserindo um artigo na Lei, denominado Art. 50-A¹⁴.

Caso haja a aprovação do projeto de Lei, haverá a proibição da locação dos imóveis, por aplicativos, pelos condomínios, exceto se a convenção do condomínio permitir de forma expressa. Há outro projeto de Lei tramitando no Senado Federal que visa alterar a Lei do Inquilinato, para que este possua um caráter mais maleável e realque visa inserir a locação do Airbnb como uma locação por temporada, regulamentada pela Lei 8.245/91.

Observa-se também que, além da temática ser abordada pelo legislativo, tal assunto é objeto de algumas ações no Poder Judiciário, possuindo diversas teses antagônicas, até mesmo de Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Inserindo-se na esfera municipal, é observável que, no Brasil, visando restringir polêmicas e inseguranças, os municípios de Ubatuba/SP e Caldas Novas/GO já regulamentaram a atuação do Airbnb. A pioneira dessa ação foi o município de Caldas Novas, na Lei Complementar 99/2017, no seu Art. 9º¹⁶. Portanto, no município pioneiro, as locações por temporada, que são realizadas por meio de plataformas digitais, estão obrigadas a pagar impostos e são regidas pela Lei do Inquilinato.

Ao analisar as duas Leis municipais das cidades retratadas, ambas se atentaram a definir que as locações só são possíveis se tiver autorizada na convenção do condomínio, e os hóspedes devem respeitar as normas do condomínio. Isso posto, é evidente que em outros municípios haverá avanços na legislação com intuito de criar impostos acerca dessa nova atividade relacionada à locação, como é o caso da Câmara Municipal do Rio de Janeiro.

Análise Crítica das Decisões

¹⁴ Art. 50-A É vedada a locação para temporada contratada por meio de aplicativos ou plataformas de intermediação em condomínios edifícios de uso exclusivamente residencial, salvo se houver expressa previsão na convenção de condomínio prevista no art. 1.333 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

O tema em questão é algo bastante atual e existem entendimentos diversos por todo o país. Tal temática é objeto de recurso interposto contra decisão monocrática do juiz e o acórdão do Tribunal de Justiça/RS, por uma determinada proprietária que foi proibida de alugar seu imóvel e ao entrar com ação no Tribunal de Justiça, foi decidido pela proibição.

Na primeira instância, foi julgado improcedente o pedido da parte autora, a qual requeria ao Poder Judiciário que pudesse alugar normalmente os seus imóveis por plataformas digitais, de forma igualitária da convencional. Diante de tal decisão, Monica Dutczak e Gyan Celah dos Santos recorreram ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ao ser remetido os autos do processo para instância superior, os desembargadores Carlos Cini Marchionatti, Glênio José Wasserstein Hekman e Dilso Domingos Pereira desproveram o recurso alegando que tal demanda causaria alteração da destinação econômica, explicitando que aquele imóvel deveria ser utilizado para moradia de famílias. Entretanto, o referido imóvel iria ser utilizado pelos inquilinos exatamente para esta finalidade, algo que comprova que não iria ser alterada a destinação da propriedade.

O entendimento do Tribunal de Justiça do RS é explicado pelo fato que os desembargadores acreditam que o compartilhamento de imóveis por plataformas digitais trata-se de hospedagem, o que caracterizaria a alteração da destinação do Art. 9º O prestador do serviço de hospedagem de que trata esta Lei, direta ou indiretamente, deve informar ao fisco municipal, preferencialmente através de plataformas específicas online de comunicação, o recolhimento da taxa anual de funcionamento e do imposto sobre serviço de qualquer natureza, decorrentes da prestação remunerada de seus imóveis residências.

imóvel. Com isso, o Relator do processo REsp Nº1819075, o Desembargador DilsoDomingos alega que,

As unidades residenciais destinam-se exclusivamente a moradia de famílias. E, como tal, não sendo permitido o uso de qualquer destas economias para outros fins, como hospedarias, repúblicas, enfermarias, cultos religiosos, para encontros fortuitos ou quaisquer outros fins considerados não residenciais, bem como que confrontem com a manutenção do respeito e da boa ordem. Ainda, fica vedado a locação para hospedagem temporária através de aplicativos como o “Airbnb” e outros de mesma destinação.

Além disso, foi alegado, pelos recorrentes, que o compartilhamento por aplicativos trata-se de locação, sendo utilizado por eles para obter renda extra devido à crise econômica que o país se encontra. Também, argumentaram que os inquilinos eram tratados de forma preconceituosa e arbitrária, além de ser proibidos de ter acesso ao imóvel. Ademais,

apontaram que tal forma de locação não era objeto de proibição pela convenção do condomínio, e que de forma irregular reuniu uma assembleia extraordinária para tratar sobre o tema, requerendo a nulidade dessa convenção. Porém, não obtiveram êxito, tendo o agravo de instrumento desprovido de forma unânime pelos desembargadores.

A referida proprietária recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, causando expectativas, na sociedade, por ser um tema relevante e em evidência, por envolver uma nova forma de locação. Perante o exposto, o STJ iniciou o julgamento para oferecer um entendimento à sociedade e a todos os Tribunais para que possam aplicar de maneira congruente. Inicialmente, o STJ se atentou a discutir alguns pontos, porém se enfatizaram quesitos relevantes na discussão.

Primeiramente, o Ministro Luís Felipe Salomão observou se tal temática altera ou não a destinação econômica do imóvel e concluiu que a locação por plataformas digitais não é capaz de alterar a destinação comercial, pois aquele imóvel será utilizado para moradia dos locatários e não para uso comercial. Diante disso, o ministro defende que o aproveitamento do imóvel tem “nítido propósito de destinação residencial a terceiros, mediante contra prestação pecuniária”, o que caracteriza como locação.

O entendimento do relator Luís Felipe Salomão foi corroborado pelo Airbnb, no qual mostrou que a plataforma trabalha - exclusivamente - com a locação, pois não oferece serviços múltiplos que são inerentes a hospedagem, como café da manhã e serviços de quarto. De acordo com o Ministro Luís Salomão, Nesse sentido, penso não ser possível categorizar a atividade realizada pelos proprietários recorrentes como comercial, igualando-a àquelas realizadas por estabelecimentos dotados da estrutura para o fornecimento dos serviços inerentes à hospedagem, nos estritos limites da lei.

Outro ponto argumentado pelo relator, e que possivelmente será atingido, é a perspectiva para que se legisle acerca da temática. A dúvida nos entendimentos de tribunais e até da sociedade, são causados devido à inexistência de uma regulamentação específica para o tema.

Diante do exposto, o relator do processo tem a convicção de que a temática não poderá ser objeto de proibição ou restrição, pelo fato que o ministro considera uma violação ao direito de propriedade, caso fosse permitido que os condôminos proibissem a locação por aplicativos digitais. Em consonância com Luís Felipe Salomão,

As instâncias ordinárias, nesse passo, acabaram por conferir interpretação restritiva de maneira desarrazoada e sem previsão legal, a meu juízo, em evidente afronta aos poderes inerentes ao exercício do direito de propriedade dos recorrentes. Nessa linha de intelecção,

penso ser ilícita a prática de privar o condômino do regular exercício do direito de propriedade, em sua vertente de exploração econômica.

A proprietária, por meio dos seus advogados, expõe que é recorrente a alocação de imóveis no próprio condomínio por outros moradores, e a administração não apresentou nenhuma proibição a respeito deste. A discussão é gerada pela nova forma de locação ligada à tecnologia, e a consequência que essa possa proporcionar aos demais envolvidos.

Além disso, a defesa da proprietária é baseada no direito de propriedade, a qual possui direitos que deverão ser exercidas, entretanto devendo ser observado os deveres dos condôminos, principalmente, quanto à questão da salubridade, sossego e segurança dos demais condôminos.

Uma parte dos condôminos e síndicos em imóveis, no Brasil, não aderiram à nova forma de locação, por terem convicção que as formas possuem diferenças que causam consequências exorbitantes e devido a isso, vários litígios são criados.

Os principais argumentos utilizados por pessoas que se opõem à locação por plataforma é que a mesma desrespeita alguns deveres do condômino, como o dever de garantir a salubridade, sossego e segurança do imóvel, descrito no artigo 1336, do Código Civil¹⁷. Os envolvidos no processo afirmam que o grande número de pessoas que frequentarão o imóvel causará mitigação na segurança e sossego. No julgamento acerca do tema, o relator Luís Felipe Salomão se posicionou contrário, afirmando que, a alegação de alta rotatividade de pessoas, a ausência de vínculo dos ocupantes e suposto incremento patrimonial dos recorrentes, não demonstrado, não servem para configuração da exploração comercial dos imóveis, sob pena de desvirtuar a própria caracterização da atividade.

Na visão do relator, a locação, por meio de aplicativos, não trará grandes consequências como foi alegado pela parte recorrida no processo, já que nos condomínios existem normas que devem ser respeitadas por todos os integrantes, e, além disso, o ministro alega que todos os locatários, que utilizam a plataforma digital, se cadastram, informando todos os dados pessoais e endereços possibilitando que os usuários sejam encontrados, em eventual ocorrência. O Ministro Luís Felipe Salomão ressaltou, Tampouco há qualquer prova ou elemento indiciário de quebra ou vulneração de segurança, quanto ao convívio no condomínio. Com efeito, há mesmo, ao revés, uma ideia de que a locação realizada por tais métodos (plataformas virtuais) são até mais seguros – tanto para o locador como para a coletividade que com o locatário convive, porquanto fica o registro de toda transação financeira e os dados pessoais deste e de todos os que vão permanecer no imóvel, inclusive

com históricos de utilização do sistema.

Outrossim, no julgamento, o Airbnb revela que a plataforma é utilizada apenas como mediadora, portanto, cabe aos envolvidos na locação negociarem as condições e o proprietário apresentar todas as normas condominiais, como também eventuais sanções previstas na convenção.

Por outro lado, os Ministros Raul Araújo, Izabel Galloti e Antônio Carlos Ferreira seguiram o mesmo raciocínio do relator quanto ao aspecto da alteração ou não da destinação econômica. Entretanto, divergiram no entendimento de que a locação de imóveis por aplicativos afastariam características intrínsecas do instituto da propriedade.

A grande discussão do tema está relacionada ao confronto entre os limites de Art. 1336 são deveres do condômino:

- contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

I - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

II - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

III - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes. propriedade e o direito dos demais condôminos. Com isso, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes que, a convenção condominial pode vedar a locação de imóveis por aplicativos.

Conclusão

Portanto, houve uma alteração nos costumes da sociedade referente às novas formas de estadias quando necessário, fazendo com que o compartilhamento, por plataformas digitais, fosse desenvolvido e aperfeiçoado, causando dúvidas aos envolvidos na relação, pelo fato que o ordenamento jurídico brasileiro não possui um entendimento pacificado ou até mesmo a regulação da temática.

O recente julgamento do STJ apresentou o entendimento que é ilícita a locação por aplicativos, quando a convenção condominial, de forma expressa, vede tal conduta, observando o trinômio: saúde, segurança e sossego.

Após a realização do presente estudo, foi possível constatar que há um crescimento

nas locações por aplicativos de forma exacerbada, já que a sociedade utiliza a tecnologia para desempenhar as devidas atividades profissionais e questões relacionadas ao bem-estar social.

Com base no estudo, foi possível verificar que a nova forma de locação não é tão aceita pelos condôminos dos imóveis envolvidos na locação, justificando que tal modelo de locação pode prejudicar o condomínio em si, devido à questão da segurança e até bem-estar.

Ademais, os envolvidos afirmam que tal problemática é causada pela grande rotatividade dos inquilinos. Por outro lado, outros defendem que tal forma de locação é totalmente viável e segura, e se o inquilino praticar algum ato em desconformidade com as normas condominiais, ou até mesmo a Lei Geral, estes são encontrados de forma rápida e eficiente, por motivos de ter no cadastro do aplicativo de locação informações pessoais.

Em virtude disso, o compartilhamento de imóveis, por plataformas digitais, proporciona benefícios à sociedade, englobando flexibilidade, comodidade e custo benefício. Diante disso, é notório que para uma parte da sociedade, se hospedar em hotéis que apresentam um alto custo é algo inviável e ultrapassado. Com base em dados estatísticos, a preocupação dos hoteleiros quanto à diminuição da demanda desses, e conseqüentemente o crescimento da locação de imóveis por aplicativos. Por fim, diante das análises feitas, averiguou-se que a temática necessita de uma regulação e, por conseguinte, normatização, para que essa atividade possa ser desempenhada com eficiência pelos usuários e que continue sendo aperfeiçoada e utilizada, buscando a perpetuação do aplicativo.

Referências

AIRBNB. **Airbnb cresce 71% em chegadas de hóspedes no Brasil em 2019**. 2019. Disponível em: <https://press.airbnb.com/br/airbnb-cresce-em-hospedes-2018/> . Acesso em: 15set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm.> Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 1819075 / RS (2019/0060633-3). Lei nº 10.406. Recurso Especial nº 1.819.075 – RS (2019/0060633-3).

Rodrigues, Renato Bezerra Rosado Cascudo. *Direito Condominial: Guerra dos Aplicativos no Mercado de Locação*
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 39-63. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

Relator: Ministro Luis Felipe Salomão recorrente: Mônica Dutczak recorrente: Gwan Celah dos Santos advogado: Cesar Augusto Boeira da Silva e outro – RS 047002 assistente: AIRBNB IRELAND UC Advogados: André Macedo de Oliveira – DF 015014 Felipe Guimarães – RJ 153005 Pedro Oliveira da Costa – DF 033652 Felipe Evaristo dos Santos GALEA – DF 042847 Maria Beatriz de Miranda Toledo – SP 400827A – Beatriz Alvares Romero – SP 425101 Victor Augusto José – DF 056670 Recorrido: Condomínio Edifício COORIGHA Advogados: Alexandre D’Avila – RS 028450 Lucas da Silva Teixeira – RS 100337 DESPACHO Em vista da petição de folha 906/937, determino encaminhamento dos autos ao eminente relator. Brasília, 17 de outubro de 2019. **Lex:** jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, São Paulo, CAPANEMA DE SOUZA, Sylvio. **A lei do inquilinato comentada.** 6ª edição. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 207.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Curso de Direito Civil: Reais.** ed. 12ª. Salvador: Saraiva, 2016, v. 5.

FIUZA, César. **Direito Civil.** 12ª. ed. rev, atual, e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos unilaterais.** 6.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas.** ed. 14ª. São Paulo: Saraiva, 2019, v.5.

MIRANDA, Waldir de Arruda. **Perturbações sonoras nas edificações urbanas.** 4ª edição. São Paulo, 2014, p.16.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 38ª edição. 2022.

AIRBNB. **O que é a taxa de serviços do Airbnb?** 2019. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/1857/o-que-é-a-taxa-de-serviço-do-airbnb>. Acesso em: 15 set. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 6º edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p.486.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

Rodrigues, Renato Bezerra Rosado Cascudo. *Direito Condominial: Guerra dos Aplicativos no Mercado de Locação*
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 39-63. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relator vota pela impossibilidade de que condomínios proíbam locações de curta temporada via Airbnb

2019. Disponível em: >

<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Relator-vota-pela-impossibilidade-de-que-condominios-proibam-locacoes-de-curta-temporada-via-Airbnb.aspx>.> Acesso em: 12 out. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 12ª edição. Rio de Janeiro. 2022.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. **Direito de vizinhança**, Revista de direito privado, v.6, p.226. 2004

**PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E SELETIVIDADE PENAL: A
NECESSIDADE DE UMA QUANTIFICAÇÃO E A APLICABILIDADE DA
JUSTIÇA RESTAURATIVA**

Principle of Insignificance and Penal bias: the need for quantification and applicability of Restorative Justice

André Ribeiro Giamberardino¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

andregiam@gmail.com

ORCID: 0000-0003-4018-7730

Nicolli Souza Ienzen²

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

nicolli.ienzen@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.62140/AG607616107>

Recebido em: 02/12/2022

Aprovado em: 07/01/2023

Sumário: Notas Introdutórias; **1.** O Princípio da Insignificância e da Seletividade Penal; **2.** Da Aplicabilidade nos Tribunais Superiores e do arbitramento de um critério quantitativo; **3.** Em busca de caminhos: Justiça Restaurativa; Considerações Finais; Referências.

¹ Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito e em Sociologia da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Defensor Público-Geral do Estado do Paraná. Orientador deste artigo. E-mail: andregiam@gmail.com

² Mestranda em Direito na Universidade Federal do Paraná. E-mail: nicolli.ienzen@gmail.com

Resumo: A ausência na delimitação de diretrizes para aplicabilidade do princípio da insignificância aos delitos de furto tem resultado na arbitrariedade nos julgamentos do primeiro e segundo grau de jurisdição, em desacordo com o entendimento dos tribunais superiores. Diante disso, por meio do método dedutivo, com base em materiais bibliográficos a partir de uma abordagem exploratória, tem-se como objetivo geral analisar a relação entre seletividade da legislação penal e os critérios para aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos de furto, conforme a orientação jurisprudencial dos tribunais superiores. Para tanto, analisa-se os contornos do princípio da insignificância e sua relação com a seletividade penal, na sequência, as diretrizes jurisprudenciais sobre sua aplicabilidade aos casos de furto, para ao final tratar da possibilidade de aplicação da justiça restaurativa como medida alternativa, com observância aos direitos humanos. Com isso, conclui-se que a disparidade entre a aplicação do princípio da insignificância para os casos de delitos financeiros e para os casos de furto evidencia-se a seletividade penal e criminalização de grupos socialmente marginalizados. Ainda, a necessidade de fixação, por meio de instrumento normativo vinculante, de critérios quantitativos para aplicação do princípio em análise, assim como a necessidade de priorizar e possibilitar medidas de justiça restaurativa.

Palavras-chave: Princípio da Insignificância. Seletividade Penal. Tribunais Superiores. Critério quantitativo. Justiça Restaurativa.

Abstract: The absence in the delimitation of guidelines for the applicability of the principle of insignificance to theft crimes has resulted in arbitrariness in the judgments of the first and second degree of jurisdiction, in disagreement with the understanding of the higher courts. Therefore, through the deductive method, based on bibliographic materials from an exploratory approach, the general objective is to analyze the relationship between selectivity of criminal legislation and the criteria for the applicability of the principle of insignificance in theft crimes, according to the jurisprudential orientation of the superior courts. In order to do so, the contours of the principle of insignificance and its relationship with criminal selectivity are analyzed, followed by jurisprudential guidelines on its applicability to cases of theft, in order to finally address the possibility of applying restorative justice as an alternative measure, with observance of human rights. With this, it is concluded that the disparity between the application of the principle of insignificance for cases of financial crimes and for cases of theft shows the criminal selectivity and criminalization of socially marginalized groups. Also, the need to establish, through a binding normative instrument, quantitative

criteria for the application of the principle under analysis, as well as the need to prioritize and enable restorative justice measures.

Keywords: Principle of Insignificance. Criminal Selectivity. Superior Courts. Quantitative criterion. Restorative Justice.

Notas Introdutórias

A cultura punitivista que permeia os órgãos de justiça resulta na inadequada aplicação do direito penal e sua consequente seletividade, de modo que se torna preponderante analisar os princípios do direito penal que limitam a atuação estatal para não configurar uma ferramenta de marginalização social em que somente uma parcela populacional contém direitos inerentes à condição de cidadão.

Assim, se faz necessário analisar os casos em que apesar da existência de uma conduta típica, há uma irrelevante ofensa ao bem jurídico, impondo-se a aplicação do Princípio da Insignificância, também denominado de Princípio da Bagatela, a partir do qual torna-se desnecessária a intervenção estatal na liberdade individual do autor da conduta.

Ao ser aplicado o Princípio da insignificância retira-se a tipicidade do delito, logo, a sua aplicabilidade torna uma conduta típica, conduta até então caracterizada como crime, em atípica, implicando na imediata invalidação da sentença penal. Embora imponha-se a incidência do referido princípio para os casos em que há ínfima violação ao bem jurídico tutelado, considerando a função típica do direito penal, tratando-se dos delitos de furto, há uma notória disparidade na aplicação deste princípio.

Diante disto, por meio do método dedutivo, com base em materiais bibliográficos a partir de uma abordagem exploratória, tem-se como objetivo geral analisar a relação entre seletividade da legislação penal e os critérios para aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos de furto, conforme a orientação jurisprudencial dos tribunais superiores.

Com base nisso, além da análise doutrinária, busca-se realizar um estudo jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal de Justiça acerca dos inúmeros processos que (não) aplicam o princípio em análise, com a consequente extinção/trancamento da ação penal. Ainda se verificou os fundamentos e a (in)existência de um critério quantitativo para tal aplicação no caso concreto.

No primeiro tópico, traçam-se os contornos necessários para a compreensão conceitual do princípio da insignificância e a problemática de seletividade penal existente na aplicação deste princípio, bem como a diferenciação do princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal do fato e da infração de menor potencial ofensivo.

Enquanto que, no segundo tópico, explora-se as decisões dos tribunais superiores que delimitam critérios para aplicação do princípio em análise, elencando decisões exemplificativas de primeiro e segundo grau de jurisdição que negam a aplicabilidade do princípio da insignificância, expondo seus argumentos, bem como a reforma de suas decisões sob análise dos tribunais superiores. Concomitantemente, destaca-se a seletividade penal diante da análise comparativa acerca da aplicabilidade do princípio da insignificância em delitos econômicos e os casos de furto. Para, ao final, analisar-se a necessidade de estabelecer um critério quantitativo objetivo para os casos de furto.

No terceiro e último tópico do desenvolvimento, será tratado sobre a aplicabilidade da justiça restaurativa aos casos de furto que preencherem os requisitos para se adequarem a aplicabilidade do princípio da insignificância, bem como evidenciando se sua aplicação surtirá resultados positivos.

O Princípio da Insignificância e da Seletividade Penal

A aplicação do princípio da bagatela para os casos de furto envolvendo bens jurídicos de ínfimo valor encontra óbices frente à cultura punitiva que permeia o sistema de justiça, considerando que frente aos grupos marginalizados busca-se tão somente uma justificativa para aplicação da lei penal, ao considerá-los como potencialmente perigosos e nocivos ao bem-estar da coletividade.

Assim, Pastana destaca que “os meios de comunicação de massa reforçam cotidianamente a necessidade da maior intervenção penal.”³ De modo que, a exploração econômica e divulgação massiva de violência criminal resulta na legitimação do recrudescimento penal, aumentando na exclusão social.

Neste sentido, adverte Busato que há uma natureza seletiva na aplicação dos instrumentos penais sob o fundamento de controle social jurídico-penal, desde a criminalização primária pela tipificação de condutas que apresentam risco para o adequado

³ PASTANA, D.R. As Faces do Estado Punitivo Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 868, p. 464-483, fev. 2008. p. 475.

funcionamento do Estado e, especialmente na criminalização secundária, que consiste na aplicação da legislação pelos agentes estatais que compõe o sistema de justiça, havendo nesta etapa maior seletividade estatal sob grupos marginalizados.⁴

Embora os crimes econômicos causem impactos mais contundentes ao meio social, os crimes comuns cometidos principalmente por atores sociais marginalizados possuem maior ênfase nas políticas criminais para que recebam tratamento mais severo, evidenciando a seletividade e a tentativa de preservação do poder pelas classes elitistas, desviando-se a atenção dos crimes econômicos e financeiros praticados pela elite política e social.⁵

Desta forma, a efetiva aplicação do direito penal ocorre em face das classes populares, principalmente marginalizadas pelas condições socioeconômicas, como meio de conter o refúgio social em que sua efetividade é medida a partir da arbitrariedade e severidade a qual o autor do delito é submetido, principalmente com encarceramentos longos e duradouros.⁶

Neste contexto, poder-se-ia caracterizar a teoria do direito penal do inimigo, a partir da qual o direito penal molda-se à imagem do autor, conforme suas condições socioeconômicas, pelas quais poderá ser considerado cidadão ou inimigo. Na primeira hipótese, há necessidade de comprovar uma perturbação exterior para ingerência estatal no estado de liberdade, enquanto ao reputá-lo como inimigo, vislumbra-se um perigo iminente aos bens jurídicos tutelados pelo potencial nocivo do agente, buscando-se tão somente justificativas para responsabilização do indivíduo, sem respeitar a liberdade individual.⁷

Portanto, sob a concepção do direito penal do inimigo, a intervenção estatal ocorre em face de determinadas pessoas ou grupo social, como forma de proteção em face de uma fonte de perigo iminente, como se houvesse uma delinquência crônica, dispensando-se a aplicação de garantias constitucionais, sobressaindo-se a necessidade de punição.⁸

Diante da seletividade na aplicação do direito penal para os delitos comumente praticados por grupos marginalizados e o enrijecimento das penalidades aplicadas, o

⁴ BUSATO, P.C. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5.ed., São Paulo: Atlas 2015. P. 85-87

⁵ PASTANA, D.R. As Faces do Estado Punitivo Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 868, p. 464-483, fev. 2008. P. 470.

⁶ PASTANA, D.R. As Faces do Estado Punitivo Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 868, p. 464-483, fev. 2008. P. 473.

⁷ GREGO, L. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.56, p.80-112, set./out., 2005. P. 82.

⁸ NEUMANN, U. Direito Penal do Inimigo. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, São Paulo, v. 2, p. 1135-1151, out. 2010. P. 1143

princípio da insignificância encontra óbices em sua aplicação pelos tribunais nos casos de furto, ainda que o bem jurídico violado seja de ínfimo valor econômico. E, segundo Thiago De Filippo, o discurso punitivista vem a partir da sensação de impunidade e de medo da população que busca por justificativas e legitimidades que objetivam a redução da criminalidade por meio do encarceramento dos indivíduos responsáveis por um ilícito. Esta população requer e acusa o Estado de não ser rígido e falhar em suprir o desejo de segurança.⁹

Como consequência realiza-se um nexo com a sociedade de controle em que clamores punitivista, preconceitos e violência se tornam prática comum, onde negar ou violar direitos de determinados grupos gera maiores benefícios econômicos.¹⁰ No entanto é essencial que se delimite o papel do Poder Judiciário, pois suas decisões não devem ser inspiradas no clamor social de uma sociedade ambiciosa por vingança.¹¹

Neste cenário se mostra a imensa relevância do princípio da insignificância, cuja concepção foi concedida ao jurista alemão Claus Roxin que atrás de seus estudos foi inserido no direito penal em 1964, partindo da máxima em latim “*minima non curat praetor*”¹², ao que Klaus Tiedemann denominou de princípio de bagatela.¹² Segundo o Min. Ricardo Lewandowski, o princípio da insignificância é o meio que torna uma conduta típica em atípica, pois esta conduta é caracterizada por uma pequena expressão econômica dos bens objeto de subtração e um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente.¹³

No mesmo sentido, foi exposto pelo Supremo Tribunal de Justiça que o princípio da insignificância possui quatro condições, cumulativas, para ser aplicado: (i) a mínima ofensividade da conduta, (ii) a inexistência de periculosidade social do ato, (iii) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e, (iv) a inexpressividade da lesão provocada.¹⁴ Ou seja, sem um critério quantitativo de sua aplicação, dependendo tão somente da análise dos requisitos pelo julgador.

⁹ FILIPPO, T.B.G. De. Racionalidade Legislativa e Tráfico de Drogas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 154/2019. p. 131-174, Abr., 2019. P.147.

¹⁰ LEMOS, F.C.S. e REIS JUNIOR, L.P.. Algumas contribuições de Deleuze para pensar a sociedade de controle e o microfascismo. *Revista de Filosofia*, v. 13, n. 1, pp. 72-79, 2016. Unimontes-MG. P.74.

¹¹ ALMEIDA, A. A cultura do punitivíssimo e o encarceramento em massa. *Canal ciências criminais*.

¹² BITENCOURT, C.R.. *Tratado de direito penal*: parte geral 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 51.

¹² BITENCOURT, C.R. e PRADO, L.R.. Princípios Fundamentais do Direito Penal. *Doctrinas Essenciais de Direito Penal*, vol. 1, p. 345 – 354, Out., 2010. P. 351

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC n. 107.138, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 2011.

¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Princípio da insignificância é aplicado a furto de objetos de pouco valor, 2011. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173584&ori=1>>. Acesso em 20 abr. 2022.

Em complemento, Cezar Bitencourt e Régis Prado, ensinam que para que haja a configuração da tipicidade penal deve-se haver uma grave ofensa aos bens protegidos juridicamente, assim, quando não houver a gravidade na conduta, respectivamente não deve existir intervenção estável, afastando liminarmente a tipicidade tendo em vista a não lesividade do bem jurídico. A insignificância não está apenas relacionada a importância do bem jurídico, mas principalmente pelo grau da lesão, ou seja, pela intensidade.¹⁵

Com efeito, ao se analisar o rol os princípios do direito penal, o princípio da insignificância não está de formalmente dentre as normas penais, sendo caracterizada por um princípio implícito. O princípio da insignificância é um meio de distinguir a justificação da aplicação da pena criminal, protegendo os direitos expressos de liberdade e igualdade¹⁶e, poderá atuar de maneiras diferentes, visto que, quando uma conduta for de insignificância relativa, será excluído a antijuridicidade, ou seja, o resultado desta não é oposto ao direito penal. De outro modo, poderá a conduta apresentar uma insignificância absoluta, será excluído a sua tipicidade, dado que não houve a concretização do tipo penal.¹⁷

Quando se trata de analisar o princípio da insignificância observa-se que se utiliza da clássica “infração bagatela”, assim como o princípio da irrelevância penal do fato, no entanto, entre ambos, há uma sutil diferença. No princípio da insignificância há como base o ínfimo valor do resultado e é uma criação jurisprudencial, tendo em vista que não está expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, já no princípio da irrelevância penal do fato, previsto no artigo 59 do Código Penal é caracterizado, no caso concreto, pela desnecessidade da pena.¹⁸

A respeito de diferenças principiológicas, é importante mencionar e diferença entre a infração de menor potencial ofensivo e o princípio da insignificância, visto que o primeiro se adequa aos Juizados Especiais Criminais, e o segundo, o delito bagatela, é uma conduta não punível. Para a aplicação, do primeiro ou segundo, deve ser analisado o caso concreto.¹⁹

¹⁵ BITENCOURT, C.T. e PRADO, L.R.. Princípios Fundamentais do Direito Penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*, vol. 1, p. 345 – 354, Out., 2010. P. 351-352

¹⁶ SILVA,I.L.. Teoria a Insignificância do Direito Penal Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. vol. 841, p. 425-437. Nov., 2005. P.429.

¹⁷ SILVA,I.L.. Teoria aa Insignificância do Direito Penal Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. vol. 841, p. 425-437. Nov., 2005. P.429.

¹⁸ GOMES,L.F.. Delito de bagatela: princípio da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 2, p. 619-642, Out., 2010. P. 627-630.

¹⁹ GOMES,L.F.. Delito de bagatela: princípio da insignificância e da irrelevância penal do fato. *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. vol. 2, p. 619-642, Out., 2010. P. 630.

Da Aplicabilidade nos Tribunais Superiores e do Arbitramento de um Critério Quantitativo

Ao se analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância no Supremo Tribunal Federal, observa-se o primeiro marco para a aplicabilidade do princípio que partia de quatro parâmetros, encontrado no HC n. 84.412/2004, de Rel. do Min. Celso de Mello, que considerou a presença de quatro vetores: (i) a mínima ofensividade da conduta do agente, (ii) a nenhuma periculosidade social da ação, (iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e, (iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

De forma mais recente, no julgamento dos autos HC n. 123.533, HC n. 123.734 e HC n. 123.108 de relatoria do Min. Barroso, com julgamento na data de 03/08/2015, houve a consagração da seguinte tese para aplicação do princípio e consequente absolvição dos respectivos pacientes:

A reincidência não impede, por si só, que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta, à luz dos elementos do caso concreto. Na hipótese de o juiz da causa considerar penal ou socialmente indesejável a aplicação do princípio da insignificância por furto, em situações em que tal enquadramento seja cogitável, eventual sanção privativa de liberdade deverá ser fixada, como regra geral, em regime inicial aberto, paralisando-se a incidência do art. 33, § 2º, c, do CP no caso concreto, com base no princípio da proporcionalidade.

Observa-se que no HC n. 123.533, houve o crime de furto tentado, com concurso de agentes, cujo réu tinha reincidência. No HC n. 123.734 ocorreu o crime de furto tentado sendo qualificado pelo rompimento de obstáculo e escala, cujo réu era primário. Já no HC n. 123.108, trata do crime de furto simples, com também reincidência do réu.

Deste modo foi firmado pela Corte a tese de que a reincidência não é um motivo para a não aplicabilidade do princípio da insignificância, devendo aplicar como regra geral o regime aberto quando as circunstâncias do caso concreto impedirem a aplicação do princípio por considerar-se indesejável por uma perspectiva penal ou social.

Ainda, destaca-se que não há posicionamento uniforme da Corte em relação a definição de um critério quantitativo específico para a aplicabilidade do princípio da insignificância em casos de furto que possam direcionar a atuação dos demais tribunais, embora vislumbre-se sua aplicabilidade para casos em que o objeto do furto seja de pequeno valor, independente das condições pessoais do acusado ou circunstâncias fáticas do delito.

No que se refere ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, há uniformidade na impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância para os casos em que a res furtiva ultrapassa o percentual de 10% do salário-mínimo, conforme se extrai do Habeas Corpus nº 664.071/21. Portanto, conforme a jurisprudência majoritária da Corte, há a fixação do critério quantitativo para aplicação do referido princípio quando o montante ou valor do bem não superar 10% do salário-mínimo.

Por outro lado, a Corte possui entendimento firmado de que a reiteração delitiva impede a aplicação do princípio da insignificância para afastar a aplicabilidade da lei penal, ainda que o valor do bem jurídico tutelado seja inferior à 10% do salário-mínimo, de acordo com o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1636713/2021, entre outros julgados neste sentido, em dissonância com a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, apesar da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça referente ao critério quantitativo para aplicação do princípio da insignificância, tal entendimento não se encontra consolidado em súmulas ou outros instrumentos vinculantes aos demais tribunais, encontrando óbices na incidência deste princípio nas demais instâncias judiciárias.

Deste modo, destaca-se o RHC n. 126.272, no qual a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu a insignificância e o trancamento da ação penal que condenou o paciente por furtar dois steaks de frango no valor de R\$ 2 cada, sendo uma situação caracterizada como absurda pela Corte, em seu julgamento na data de 01 de junho de 2021.²⁰

No caso o paciente foi acusado de ter praticado o furto de dois steaks de frango, cada um no valor de R\$ 2,00, em 29/03/2017, equivalentes a 0,42% do salário-mínimo vigente na época dos fatos, tendo como vítima uma pessoa jurídica, não sendo o valor capaz de alcançar patamar que evidencie lesão ao bem jurídico tutelado, e posteriormente os bens foram restituídos. Além de que, a ínfima lesão patrimonial foi constatada pelo Delegado de polícia

²⁰ RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO. TRANCAMENTO DO PROCESSO. INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ÍNFIMO. BEM JURÍDICO TUTELADO. GRAU DE OFENSA. VALOR ÍNFIMO DA SUBTRAÇÃO. RECURSO EM HC PROVIDO. 1. Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. 2. As hipóteses de aplicação do princípio da insignificância se revelam com mais clareza no exame da punibilidade concreta - possibilidade jurídica de incidência de uma pena -, que atribui conteúdo material e sentido social a um conceito integral de delito como fato típico, ilícito, culpável e punível, em contraste com estrutura tripartite (formal). 3. [...] 4. [...]. 5. Na espécie, o réu primário subtraiu de estabelecimento comercial dois steaks de frango, avaliados em R\$ 4,00, valor ínfimo que não evidencia lesão ao bem jurídico tutelado e não autoriza a atividade punitiva estatal. 6. Recurso provido, para determinar o trancamento da ação penal. [RHC 126272, Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 2021]

que, não ratificou a prisão em flagrante e, reconheceu “o baixo valor do produto” e “a condição de miséria” do acusado para concluir pela “menor gravidade do crime praticado”. Contudo, por meio de decisão genérica, foi necessário que o caso fosse apreciado pelo STJ para que fosse reconhecida a insignificância do bem jurídico violado.

No julgamento deste caso, o Ministro Sebastião Reis Jr, mencionou que no ano de 2017 foram protocolados aproximadamente 84.256 processos no STJ, em 2018 aproximadamente 100.760, em 2019 cerca de 117.159, em 2020 foram 124.276. Assim, este ano, 2021, até o dia 31 de abril foram 43.999 processos, ou seja, até o final do ano seguindo essa proporcionalidade da quantidade de processos, haverá aproximadamente 131.997 processos, evidenciando a necessidade de que os tribunais das demais instâncias de jurisdição estejam vinculados à jurisprudência do STJ, principalmente no que se refere à aplicação do princípio da insignificância para casos notórios.

De forma semelhante, para ilustrar a problemática da ausência de uniformização em relação à aplicação do princípio em análise, nos autos nº 0030861-13.2017.8.26.0506 em tramite na 3ª Câmara Criminal de São Paulo reformou a decisão de primeira instância que absolveu de forma sumária uma mulher acusada de furto, nas Lojas Americanas, com bens em valores estimados de R\$ 206,00.

Diante disso, o juiz de primeiro grau fundamentou absolvição no Princípio da Insignificância, no entanto, a tese do Ministério Público foi acolhida pelo Tribunal, sendo justificada pelo Desembargador Ruy lberto Leme Cavalheiro “que o princípio da insignificância não foi recepcionado pela lei penal brasileira, sendo vedado ao julgador legislar, sob pena de violação do princípio constitucional da reserva legal.”

Deste modo, verifica-se que a ausência de fixação de critérios objetivos para aplicação do princípio da insignificância em instrumentos normativos vinculantes às demais instâncias do Poder Judiciário, faz com que muitos processos careçam de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça para que seja aplicado o referido princípio, havendo um desperdício dos órgãos que compõe o sistema de justiça.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes “não é razoável que o direito penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir

relevância típica a um furto de pequena monta”.²¹ Neste sentido, Gomes destaca dois casos semelhantes em que a res furtiva possuía aproximadamente o mesmo valor, mas que obtiveram decisões divergentes, A primeira decisão é de relatoria do Min Gilmar Mendes – 2ª turma, tratava do furto de uma bicicleta no valor de R\$ 120,00, que acabou sendo devolvida ao proprietário. Em resumo, seu voto foi afirmativo ao mencionar que “Mesmo com a existência da tipicidade formal (..) não incide no caso a tipicidade material, que se traduz na lesividade efetiva e concreta ao bem jurídico tutelado, sendo atípica a conduta imputada ao (réu)”.²²

A segunda, foi a decisão da 1ª turma que tratava furto de bicicleta avaliada em cerca de R\$ 100,00. Mesmo com o ínfimo valor do bem, a ação penal foi mantida, tendo em vista o argumento de que a vítima era uma pessoa de baixa renda, tornando o valor do bem significativo. Assim, o autor menciona que a principal dificuldade de ser aplicado o princípio é porque ele não está expresso em lei, “tudo depende de uma valoração do juiz.”²³

As divergências ocorrem pela ausência de delimitação de critérios objetivos em relação à aplicabilidade do princípio da insignificância, de modo que os tribunais buscam justificar condições específicas do caso concreto para elidir sua aplicação. Desta forma, evidencia-se a hipótese anteriormente suscitada em relação a seletividade penal e busca por uma justificativa para criminalização de grupos marginalizados, ao considerá-los como potencialmente nocivos para sociedade.

A seletividade penal torna-se notória ao analisar de forma comparativa o delito de furto com o delito de descaminho, haja vista que há parâmetros definidos em relação à aplicação do princípio da insignificância para os casos de descaminho, ainda que se trate de um delito que lesa a arrecadação de recursos econômicos que são destinados para toda coletividade.

Desde o ano de 2009, por meio do Recurso Especial nº 1.112.748, sob relatoria do Min. Felix Fisher, houve a consolidação de um critério quantitativo objetivo para os delitos de descaminho, inicialmente no montante de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), aplicando-se o

²¹ GOMES, L.F. Princípio da insignificância: STF concede quase 1/3 dos HCs. Juízes ainda condenam por um pote de manteiga. 2011.

²² GOMES, L.F. Princípio da insignificância: STF concede quase 1/3 dos HCs. Juízes ainda condenam por um pote de manteiga. 2011.

²³ GOMES, L.F. Princípio da insignificância: STF concede quase 1/3 dos HCs. Juízes ainda condenam por um pote de manteiga. 2011.

princípio da insignificância para os demais casos. Destaca-se que a fixação de tal critério ocorreu por meio da resolução de demandas repetitivas, gerando o Tema 157, de modo que houve a vinculação das demais instâncias do Judiciário, a fim de minimizar o acervo processual.

O critério quantitativo foi revisto pela Corte, no ano de 2017, com isso aplicam-se o princípio da insignificância para os casos de descaminho em que o valor não ultrapasse o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).²⁴

Diante disto, confirma-se a hipótese de seletividade penal, considerando que para um crime econômico e financeiro há fixação de tese para aplicação do princípio da insignificância, por meio de instrumento jurídico vinculante para as demais instâncias judiciárias, com critério quantitativo que supera aproximadamente dez vezes o salário-mínimo vigente.

Enquanto para os casos de delitos de furto, embora vislumbre-se uma movimentação jurisprudencial para considerar como critério quantitativo o percentual de 10% do salário-mínimo, tal tese não fora firmada em nenhum instrumento normativo capaz de vincular os demais tribunais, resultando em decisões em desacordo com as diretrizes constitucionais e devido processo legal.

A necessidade de interposição de recurso até as cortes superiores para aplicar-se o princípio da insignificância, além de desperdiçar esforços dos órgãos que compõe o sistema de justiça, resultam em situações desproporcionais e inadequadas para cidadãos pertencentes às classes marginalizadas as quais os processos não são analisados de forma minuciosa e individualizada, conforme demonstrou-se neste tópico.

Por fim, denota-se a disparidade entre o critério quantitativo fixado para os delitos de descaminho e furto, sendo que não há fundamentos jurídicos plausíveis para tal distinção,

²⁴ RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISAO DO TEMA N. 157. APLICACAO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NAO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002. 1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO – Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF – R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho. 2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, [...]. 3. Recurso improvido. [RESP N. 1.688.878, min. rel. Sebastião Reis Junior, 2017.]

uma vez que o delito de descaminho provoca consequências para coletividade, por vezes, mais gravosas que o delito de furto. Contudo, de autoria de cidadãos que não são naturalmente criminalizados por sua simples existência.

Em Busca De Caminhos: Justiça Restaurativa

Como se demonstrou ao longo do presente artigo, o modelo atual do sistema de justiça ao longo dos anos se demonstrou ineficaz. A quantidade de ações penais evidencia a disfuncionalidade do sistema jurídico, principalmente quando levados em conta a aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais superiores e o trancamento da ação penal.

Segundo Achutti e Pallamolla, os índices de violência aumentam de forma alarmante as taxas de encarceramento, sendo ele definitivo ou provisório, tendo em vista o não atendimento da função da pena, que deveria ser de ressocialização do acusado.²⁵

Ainda, o atual modelo penal de justiça, assim como aponta Nils Christie, transfere aos aplicadores do direito a solução do conflito, retirando a possibilidade das vítimas de participar ativamente deste cenário, ocasionando uma frustração nas partes fruto da ausência de voz nos processos judiciais, os quais tornam-se discussões propriamente jurídicas com linguagem incompreensível para a própria realidade das partes que integram a lide.²⁶

Neste sentido, a vítima e o autor do fato deixam de estar no centro do processo, tornando-se meros coadjuvantes, retirando-se da posição de parte propriamente dita, passando a ser mero objeto para que o Estado instrumentalize seu poder punitivo.

Os dados apresentados, são motivo de preocupação, no qual se pode identificar a urgência de aplicações em métodos alternativos de reparação e de prevenção. Ainda, observou-se no decorrer das pesquisas algumas normativas e projetos lei para a aplicação da justiça restaurativa no Brasil, no entanto, restam-se ignorados por meio da estruturação sob a lógica e cultura punitivista.

Assim, a proposta deste estudo esta embasada em definir um critério quantitativo aplicado ao crime de furto para a incidência do princípio da insignificância, sendo que ao ser

²⁵ ACHUTTI, D; PALLAMOLLA, R. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. *Sistema Penal e Violência*, v. 6, n. 1, p. 75-87, 2014. P. 81.

²⁶ OLIVEIRA, A.S.S., FONSECA, A.I.; CHRISTIE, N. Conversa Com Um Abolicionista Minimalista. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. v. 21/1998. P. 13 - 22. Jan/Mar, 1998. P. 13-22.

observado pelo julgador ou pelo Ministério Público tais condições, não haveria o prosseguimento da ação penal, mas sim o encaminhamento ao núcleo de Justiça Restaurativa.

Diante disso, a Justiça Restaurativa é um meio alternativo possível ao processamento de casos penais, ao invés do modelo tradicional, tendo em vista que viabiliza a recondução, conectando os diretamente envolvidos na resolução do conflito, para de forma eficaz e efetiva, atender o interesse das partes e garantir que haja um diálogo entre o ofensor e a vítima.²⁷

A justiça restaurativa reprovava o modelo punitivo atual aplicado, que se apresenta através da aplicação de sofrimento ao ofensor, inicialmente é possível apontar de forma sintética que esta nova forma de justiça busca a resolução do conflito por meio do diálogo entre os envolvidos, para que, em conjunto, explorem meios para uma solução com base na restauração adequada.

Diante da prematuridade da aplicação do presente tema, ainda há dificuldade no consenso em relação ao conceito de Justiça Restaurativa, desta forma busca-se aportes teóricos para sua definição, tomando como base a Resolução no 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

O documento descreve como um movimento pelo qual se busca estimular a utilização de processos nos quais a vítima e o ofensor e, quando adequado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime, participem de modo ativo e em conjunto na resolução de questões originárias do crime, em regra, com o auxílio de um facilitador, promovendo uma política criminal mais efetiva de forma prévia e posterior aos conflitos.

Há também a necessidade de voluntariedade das partes para participarem da JR, sendo livre sua desistência a qualquer momento. Outra característica está na confidencialidade do que vem ser tratado nos círculos, que de forma alguma poderá ser utilizado como prova para o sistema de justiça criminal tradicional, não importando a confissão do acusado de culpa.²⁸

²⁷ BORGES, C.M.R.; RAZERA, B.A.A. Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 173, p. 279 – 315, 2020. P. 281.

²⁸ ACHUTTI, D.. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 75.

Ainda, André Giamberardino, ensina que a Justiça Restaurativa se trata de uma nova forma de justiça, não sendo uma técnica de resolução de conflitos, mas sim um meio de construção e democrático para regulação social.²⁹ Desta forma, denota-se que a justiça restaurativa busca consolidar-se como uma ferramenta eficaz na construção de paz e resolução de conflitos. Neste sentido, descreve-se a justiça restaurativa como “valor e prática social e jurídica não encarceradora de solução dos conflitos, vindo a ser uma busca pelo consenso, onde vítima e infrator, de forma conjunta, buscam a melhor solução para as consequências causadas pelo crime cometido.”³⁰ Com isso, trata-se de uma técnica voltada a resolução de conflitos caracterizados como crime, que envolve a participação do infrator e da vítima.

Conforme entendimento da resolução supracitada, este modelo pretende trazer uma nova perspectiva sobre justiça, lançando um novo olhar sobre a infração, buscando lidar com o conflito por meio de uma ética baseada no diálogo, na inclusão e na responsabilidade social, com grande potencial transformador.

O fato de correr uma ação penal por tantos anos, gera custos ao Estado além de acumular uma grande quantidade de processos que ao chegar nos tribunais superiores são reformados, assim, para transformar este cenário, tem-se nos mecanismos apresentados pela justiça restaurativa (Resolução n. 225, CNJ) uma ferramenta extraordinária para superar as causas e consequências do fatos, tendo em vista que estes mecanismos consistem na participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; dando atenção as necessidades legítimas da vítima e do ofensor, reparação dos danos sofridos e o compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade.

A reforma do modelo atual por meio da aplicação da Justiça Restaurativa embasa-se especialmente na finalidade do direito penal, o qual precisa ser analisado como meio de pacificação com tutela da dignidade da pessoa humana, sendo um instrumento e não um fim exclusivamente retributivo.

Conclui-se, portanto, diante do atual contexto, a necessidade de uma quantificação concreta para o crime de furto, assim como há para o crime de descaminho, com a direta aplicação do princípio da insignificância pelo magistrado, com o devido envio, automático,

²⁹ GIAMBERARDINO, A.R.. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P 153-154.

³⁰ CUSTÓDIO, P.R.P.; LIMA, C.B.. *Estado penal e o desafio da justiça restaurativa de garantir resposta aos direitos humanos juvenis*. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017. P. 68.

aos núcleos restaurativos, como meio alternativo para resolução do conflito penal, não precisando, portanto, da intervenção do judiciário.

Considerações Finais

A imensa preocupação estatal de fornecer respostas eficazes aos conflitos sociais, acabou ensejando na extrema ineficácia da Justiça Criminal, considerando a inflação de normas penais e seletividade penal em sua aplicação, em desacordo com os próprios princípios do direito penal de aplicação subsidiária.

A hipótese de seletividade penal, influenciada pela cultura punitiva que permeia os órgãos que compõem o sistema de justiça resta-se comprovada a partir da comparação entre os critérios para aplicabilidade do princípio da insignificância para os delitos econômicos, praticados por cidadãos de maior poder econômico, e os delitos comuns, nos quais o maior percentual dos autores pertence às classes marginalizadas e vulneráveis.

Diante da ausência de uniformização na aplicação do princípio em análise que resulta em situações injustas e afetam principalmente grupos marginalizados que não possuem condições socioeconômicas de alcançar os tribunais superiores, defende-se a necessidade de fixação de um critério quantitativo específico, por meio de instrumento legal vinculante aos demais órgãos de jurisdição, a fim de inibir a recorrente tentativa de punição para casos em que houve uma ínfima violação ao bem jurídico tutelado.

Com isso, reduzirá o acervo processual e desperdício de recursos públicos para o processamento de fatos juridicamente irrelevantes, além de inibir a criminalização de cidadãos pertencentes às classes marginalizadas acabam por cometer delitos para garantia de sua própria subsistência.

Por fim, propõe-se a utilização da justiça restaurativa como alternativa penal a fim de aprimorar os resultados sociais decorrentes da atuação do sistema de justiça, visto que o modelo retributivo não tem alcançado a função para qual fora concebido.

Referências Bibliográficas

ACHUTTI, D; PALLAMOLLA, R. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. Sistema Penal & Violência, v. 6, n. 1, p. 7587, 2014.

ACHUTTI, D. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Giamberardino, André Ribeiro; Oliveira, Fernanda Carolina de. Princípio da Insignificância e Seletividade Penal: A Necessidade de uma Quantificação e a Aplicabilidade da Justiça Restaurativa. Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 64-81. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

ALMEIDA, A. A cultura do punitivíssimo e o encarceramento em massa. Canal ciências criminais. 2018.

BITENCOURT, C.R. e PRADO, L.R. Princípios Fundamentais do Direito Penal. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, vol. 1, p. 345 – 354, Out., 2010.

BITENCOURT, C.R. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BORGES, C.M.R.; RAZERA, B.A.A. Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 173, p. 279 – 315, 2020.

BUSATO, P.C. Fundamentos para um direito penal democrático. 5.ed., São Paulo: Atlas 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *HC n. 107.138*, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Princípio da insignificância é aplicado a furto de objetos de pouco valor, 2011. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=173584&ori=1>>. Acesso em 25 jul. 2022.

CUSTÓDIO, P.R.P; LIMA, C.B. Estado penal e o desafio da justiça restaurativa de garantir resposta aos direitos humanos juvenis. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017. P. 68.

FILIPPO, T.B.G. Racionalidade Legislativa e Tráfico de Drogas. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 154/2019. p. 131-174, Abr., 2019.

GIAMBERARDINO, A.R. Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GOMES, L.F. Delito de bagatela: princípio da insignificância e da irrelevância penal do fato. Doutrinas Essenciais de Direito Penal. vol. 2, p. 619-642, Out., 2010.

GOMES, L.F. Princípio da insignificância: STF concede quase 1/3 dos HCs. Juízes ainda condenam por um pote de manteiga. 2011. Disponível em:

<http://ww3.lfg.com.br/artigo/20110311142642151_artigos-do-prof-lfg-principio-dainsignificancia-stf-concede-quase-1-3-dos-hcs-juizes-ainda-condenam-por-um-pote-demanteiga.html>. Acesso em: 20 jun. 2021.

Giamberardino, André Ribeiro; Oliveira, Fernanda Carolina de. Princípio da Insignificância e Seletividade Penal: A Necessidade de uma Quantificação e a Aplicabilidade da Justiça Restaurativa. Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 64-81. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

GREGO, L. Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.56, p.80-112, set./out., 2005.

LEMOS, F.C.S e REIS JUNIOR, L.P. Algumas contribuições de Deleuze para pensar a sociedade de controle e o microfascismo. Revista de Filosofia, v. 13, n. 1, pp. 72-79, 2016. Unimontes-MG

NEUMANN, U. Direito Penal do Inimigo. Doutrinas Essenciais de Direito Penal, São Paulo, v. 2, p. 1135-1151, out. 2010.

OLIVEIRA, A.S.S.; FONSECA, A.I.; CHRISTIE, N. Conversa Com Um Abolicionista Minimalista. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 21/1998. P. 13 - 22. Jan/Mar, 1998.

PASSETTI, E. Sociedade de controle e abolição da punição. São Paulo Perspectiva, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 56-66, 1999.

PASTANA, D.R. As Faces do Estado Punitivo Brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 868, p. 464-483, fev. 2008.

SILVA, I.L.. Teoria da Insignificância do Direito Penal Brasileiro. Revista dos Tribunais. vol. 841, p. 425-437. Nov., 2005

COMPRENDER EL PLURALISMO JURÍDICO EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA: UNA VISTA AL PASADO PARA AVANZAR HACIA EL FUTURO

Filosofía Jurídica y Derechos Humanos: Reflexiones sobre el Pluralismo Jurídico

Armando José Santana Bugés¹

Universidad de Jaén

armandojosesantana@gmail.com

DOI: <https://doi.org//10.62140/AJSB578757928>

Recibido em: 13/11/2022

Aprovado em: 20/12/2022

Sumario: 1. Introducción: marco conceptual. 2. Comprender el pluralismo jurídico desde su génesis. 2.1. Eugen Ehrlich, un pionero en la sociología jurídica. 2.2. Santi Romano y la Teoría de la Institución. 2.3. Gurvitch y el derecho social. 2.4. Carbonnier y la adecuada fórmula del pluralismo jurídico. 2.5. De Sousa Santos y su defensa constitucional. 2.6. Bobbio y la ideología reaccionaria. 3. Conclusiones.

Resumen: El actual estudio presenta una reflexión en torno al Pluralismo Jurídico, su origen y evolución. Con el objetivo de fijar cómo será el desarrollo de dicho movimiento y la interacción entre sistemas jurídicos se ha decidido, bajo una perspectiva histórica, analítica y deductiva, exponer sus principales fundamentos de la mano de los autores más relevantes en la material: Eugen Ehrlich, Santi Romano, Gurvitch, Carbonnier, De Sousa Santos y Bobbio. De esta forma, se ha elaborado un discurso en el que conociendo el pasado, la

¹ Doctorando FPU de la Universidad de Jaén (armandojosesantana@gmail.com). Ha desarrollado su educación en Harvard Law School (Executive Education), así como en SOAS University of London, University of Michigan, Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad de Jaén. Cuenta con experiencia laboral previa en el Registro de la Propiedad, JP Morgan y Baker McKenzie.

génesis, del Pluralismo jurídico, se pueda atisbar cómo será su evolución futura y consolidación en el Estado moderno, lejos de la ciencia jurídica tradicional.

Palabras clave: Pluralismo Jurídico, sociología, autores, origen, evolución.

Abstract: The current study presents a reflection on Legal Pluralism, its origin and evolution. With the aim of establishing how the development of said movement and the interaction between legal systems will be, it has been decided, from a historical, analytical and deductive perspective, to expose its main foundations by the most relevant authors in the material: Eugen Ehrlich, Santi Romano, Gurvitch, Carbonnier, De Sousa Santos and Bobbio. In this way, a discourse has been elaborated in which, knowing the past, the genesis, of legal pluralism, it is possible to glimpse how its future evolution and consolidation in the modern State will be, far from traditional legal science.

Keywords: Legal pluralism, sociology, authors, origin, evolution.

1. Introducción: Marco Conceptual.

En primer lugar, y para el correcto desarrollo del presente artículo, debemos exponer unas notas preliminares acerca del concepto de pluralismo jurídico. De esta forma, bajo una primera aproximación podemos afirmar que se trata de una perspectiva que tiene por objeto cuestionar la visión monista de la realidad (bajo la que se ha reducido la diversidad a una única visión predominante del derecho). Así, este concepto nos introduce en la coexistencia de múltiples derechos, que operando en espacios temporales diversos (ya sea de forma local, nacional o supranacional), subsisten y se aplican de forma coetánea. Dicho de otra forma, presenta la existencia de varios sistemas jurídicos en un espacio idéntico (espacio en el que también se sitúa el derecho nacional como un elemento más de la realidad social). Siguiendo lo señalado por Garzón López, podemos advertir que, como ya anticipábamos, el pluralismo jurídico se opone a visión monista de la ciencia jurídica ya que expone una perspectiva en la que no se puede reducir la legislación al ámbito estatal, ya que existen nuevos actores colectivos con normas de autorregulación². Como señala Garzón, manifestaciones con las que entender tal perspectiva la encontramos en “los pueblos indígenas (Correas, 2007; Yrigoyen, 1999; Clavero, 1994); las Rondas campesinas en el Perú (Laos Fernández, Rodríguez Gómez y Paredes Diez Canseco, 2009; Rodríguez Aguilar, 2007); las favelas en

² GARZÓN LÓPEZ, PEDRO. “Pluralismo Jurídico”, *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, pp. 187, nº5 septiembre 2013.

Brasil (De Sousa Santos, 2009); los nuevos movimientos sociales (Wolkmer, 2006); la *lex mercatoria* (De Sousa Santos, 1998; Olgiati, 2006)”.

En segundo lugar, también podemos acercarnos al pluralismo jurídico como un concepto de dimensión múltiple. Esto es posible gracias a que podemos conceptualizarlo dentro de contextos normativos de diferentes niveles, encontrándonos a su vez en cada nivel numerosas fuentes legales y medios propios para la aplicación de la legalidad vigente. Nuevamente, siguiendo a De Sousa Santos³ y Garzón, exponemos algunos ejemplos de dicha realidad tales como las favelas de Brasil, los *street committees* en Sudáfrica del apartheid, y los que han surgido a raíz de nuevos movimientos sociales en América del Sur⁴. A los anteriores cabe añadir los originados en esferas más altas, tales como la UE y el derecho comunitario, o el derecho internacional⁵.

Para culminar la presente introducción cabe destacar como génesis del movimiento, a nivel europeo, el antiformalismo, la Escuela de Derecho libre, el Realismo Jurídico y la *Critical Legal Studies*. Tales movimientos que surgen de forma reaccionaria ante el legalismo y positivismo jurídico, cuestionan el monismo del derecho estatal. Respecto al pluralismo jurídico latinoamericano cabe destacar en su germen el movimiento alternativista de los países como México, Ecuador o Perú, y el movimiento de los jueces gauchos (rompiendo estos últimos con la concertación formal positivista y promoviendo la interpretación y uso de la legalidad vigente en favor de los sectores más vulnerables de la sociedad).

Comprender el Pluralismo Jurídico desde Su Génesis

Bien es cierto que se han realizado numerosos estudios acerca del pluralismo jurídico, pero normalmente no se acostumbra a estudiar en profundidad sus auténticos orígenes. Inspirados por Sánchez-Castañeda, y siguiendo sus planteamientos, así como autores estudiados, proponemos una visión un tanto irregular (en comparación a lo que se acostumbra). Se trata de exponer una visión histórica de la génesis, del germen del pluralismo, recorriendo la *opinio iuris* de diversos autores⁶. Al igual que sucede en la vida, es difícil saber

³ DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. "La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación", Universidad Nacional de Colombia - ILSA, Bogotá, 1998.

⁴ WOLKMER, ANTONIO CARLOS. "Pluralismo Jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica", Madrid, Sevilla, 2006.

⁵ ROBLES MORCHÓN, GREGORIO. "Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del Derecho", Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

⁶ SÁNCHEZ CASTAÑEDA, ALFREDO. "Los orígenes del pluralismo jurídico", Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano. Historia del derecho, 2006.

a dónde se dirige uno si no sabe de dónde viene. Exactamente, y de forma idéntica acontece en la cuestión que nos ocupa. Es urgente determinar, y así lo pretende el artículo, los orígenes del pluralismo y su influencia, para así poder posteriormente vislumbrar cuál es su hoja de ruta. Veremos cómo en cada autor el pluralismo jurídico se presente con distintas notas, lo cual no hará otra cosa que vertebrar y conforman una verdadera idea del pluralismo jurídico, su origen, fundamentos y desarrollo.

Eugen Ehrlich, un pionero en la sociología jurídica

Sin lugar a dudas, el autor austríaco propuesto, es uno de los juristas que alzan la bandera cuando de pluralismo jurídico se tornan las conversaciones. Veremos, como el línea con el concepto presentado de pluralismo jurídico, Eugen (en la época en que regentaba la Escuela de la Exégesis y jurisprudencia de conceptos allá por 1888) desarrollo sus planteamientos en torno a las lagunas que tenía el derecho positivo, afirmando que la unidad y plenitud de este eran cuanto menos cuestionables. De forma posterior a esta etapa, la cual supone sus primeros contactos intelectuales con la idea que primaría en su segunda fase jurídica, nos situamos ante su período constructivo. En dicho período sentará las bases del pluralismo jurídico, desarrollándolo en *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, de 1913. En definitiva, para Ehrlich las normas sociales no dejan de ser preceptos externos que establecen unos límites a la conducta humana, y de estas normas sociales solo algunas resultan normas jurídicas. Así, para determinar qué es Derecho, se realiza la tarea de averiguar qué normas considera el espectro social como jurídicas.

En definitiva, Ehrlich presenta al pluralismo jurídico como objeto de estudio descriptivo, resultando el Derecho (la ley) como una parte del derecho global. Es por ello que además se le considera uno de los padres de la sociología del Derecho⁷.

Santi Romano y la Teoría de la Institución

El autor que presentamos, de ascendencia italiana, fue uno de los que inició la corriente pluralista en el seno del Derecho. Para Romano, ante la hegemonía y situación del Estado moderno se producía una consecuencia: el origen de una pluralidad de sistemas jurídicos (debido a que el Derecho se creaba de forma no regulada en ambientes sociales y no por el legislador nacional).

⁷ TRÁNSITO SANTOS, RICARDO. “Pluralismos jurídicos, ayer y ahora. Sobre la relación del monismo y los pluralismos jurídicos”, Revista académica de la Facultad de Derecho de la Salle, 2020.

De esta forma, ante el monopolio jurídico del Estado en la creación y aplicación del Derecho, el autor señala el surgimiento de prácticas sociales, que desembocarán en la ineficacia de las normas estatales. En idénticos términos, viene a dotar de significado jurídico a toda conducta o patrón social. Dicho axioma o realidad planteada, confirma el aforismo latino *ubi societas ibi ius*. Así, con la teoría de la Institución determina que es en la institución social donde se crea el Derecho.

Gurvitch y el Derecho Social

Gurvitch, sociólogo ruso, destacaría por sus postulados acerca del derecho social y el hiperempirismo dialéctico. Consideró al Estado (véase aquí sus primeros contactos con el pluralismo jurídico) como un ente del que no podía engañar únicamente el Derecho, ya que existían otras fuentes alternativas e independientes. Esto se debía a que las comunidades y grupos sociales, en su condición de albergar a seres sociales, producen un derecho propio que aplican a situaciones jurídicas determinadas.

Al destacar el autor que el Derecho tiene su origen en la sociedad, describe a este nuevo derecho como uno lleno de valores. Así la justicia distributiva o solidaridad serán los exponentes de este Derecho, frente a la desconfianza que genera el Derecho estatal.

Carbonnier y la Adecuada Fórmula del Pluralismo Jurídico

Debemos observar cómo para este autor más que existir el fenómeno como tal, lo que acontece son diversos fenómenos que escapan al derecho nacional. Es por ello que procede a categorizarlos, señalando que pueden ser individuales o colectivos; de concurrencia o recurrencia; difusos o categóricos. En resumen, establece una verdadera categorización de los fenómenos plurales jurídicos.

Una vertiente sumamente interesante que plantea Carbonnier radica en el hecho de presentar el Derecho como un no derecho, lo que comportará que el propio Derecho pueda escapar de los hechos, y localizarse así en la interpretación de las reglas, y las distintas formas de proceder a este proceso interpretativo. Es por ello que afirmaba que ante una multitud de jueces en la planta judicial del Estado nacional, sería lógico que se pudieran generar distintos fenómenos de pluralismo jurídico⁸.

De Sousa Santos y su Defensa Constitucional

⁸ GONZÁLEZ LAJOIE, NATHALIE. “El pluralismo jurídico en Carbonnier”, Anuario de filosofía del Derecho, n°15, 1998.

Nos gustaría comenzar con una cita del autor, quien señaló que: "Pienso que el pluralismo jurídico debe estar defendido y establecido hoy en la Constitución. Es fundamental que lo sea. Y, obviamente que habrá necesidades después de algún detalle en la ley ordinaria, pero siempre en obediencia al mandato constitucional".

Dicha afirmación surgió en el seno de la pregunta realizada al autor por Natividad, acerca de los ámbitos legales de justicia indígena debían estar reflejados en la Constitución (con el ánimo de no limitar en exceso el pluralismo jurídico).

Así, el autor que presentamos aboga porque el pluralismo jurídico debe ser reconocido de forma constitucional, aunque en ocasiones, y con posterioridad, puedan existir leyes ordinarias que prácticamente neutralizan tal aspiración y función plural.

Bobbio y la Ideología Reaccionaria

Atendiendo a Norberto, el fenómeno del pluralismo jurídico ha presentado en su desarrollo principalmente dos etapas. La primera relacionada con su origen, y vinculación al historicismo, a través de la Escuela Histórica del Derecho. Así en esta primera etapa se afirma que el derecho surge de la conciencia popular. Posteriormente, atendemos a una segunda etapa en la que se institucionaliza, y se entiende que existe un ordenamiento/sistema jurídico donde exista una institución. En esta fase se observará como ante diferentes sistemas estatales, propiamente dichos, también surgen distintos niveles: supra, infra, colaterales y anti-estatales.

Conclusiones

Primera.- Toda vez expuesto el desarrollo del pluralismo jurídico se puede advertir como la estructura de los sistemas clásicos y principio de soberanía nacional se encuentran en una situación en la que se ven abocados a ceder ante normas de autorregulación que surgen de forma paralela al derecho nacional. Se advierte así un origen de un derecho "nuevo" de ámbitos distintos (como el supranacional o subnacional) que se aplican de forma coetánea al derecho nacional.

Segunda.- A través de los autores propuestas se ha expuesto cómo se ha producido un reconocimiento estatal del pluralismo jurídico, con el fin de armonizar distintos derechos, de diferentes ámbitos, ampliando así el horizonte del derecho, y distanciándose de la ciencia jurídica tradicional.

Santana Bugés, Armando José. Comprender el pluralismo jurídico en la época contemporánea: una vista al pasado para avanzar hacia el futuro
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 82-88. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

Tercera.- Presentar el origen y desarrollo del pluralismo jurídico, para poder así conocer de dónde procede este movimiento jurídico, y poder así saber hacia donde se dirige, comporta tratar irremediabilmente la sociología del Derecho e interacción entre sistemas jurídicos.

Cuarta.- El estudio del pluralismo jurídico, bajo la perspectiva deductiva e histórica realizada comporta ampliar la frontera conceptual del propio Derecho, dejando atrás la ciencia tradicional, y viéndose incluso agotado el derecho nacional. De esta forma nos situamos ante nuevas realidades tales como la de los pueblos indígenas, las Rondas campesinas en el Perú, las favelas en Brasil, los nuevos movimientos sociales y la *lex mercatoria*.

Quinta.- De la reflexión realizada se deriva que el pluralismo es un concepto multidimensional, es decir, se puede contextualizar en distintos niveles normativos y sociales. Fruto de los niveles (subnacionales o supranacionales) en los que puede originarse, además de tener como origen la conciencia social, destaca los *street committees* en Sudáfrica del apartheid, así como el derecho comunitario, o el derecho internacional.

Referencias Bibliográficas

GARZÓN LÓPEZ, Pedro. “Pluralismo Jurídico”, Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad, pp. 187, n°5 septiembre 2013.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de regulación y la emancipación", Universidad Nacional de Colombia - ILSA, Bogotá, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. “Pluralismo Jurídico. Fundamentos para una nueva cultura jurídica”, Madrid, Sevilla, 2006.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio. "Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas. Ensayo de teoría comunicacional del Derecho", Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

ÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo. “Los orígenes del pluralismo jurídico”, Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano. Historia del derecho, 2006.

TRÁNSITO SANTOS, Ricardo. “Pluralismos jurídicos, ayer y ahora. Sobre la relación del monismo y los pluralismos jurídicos”, Revista académica de la Facultad de Derecho de la Salle, 2020.

GONZÁLEZ LAJOIE, Nathalie. “El pluralismo jurídico en Carbonnier”, Anuario de filosofía del Derecho, n°15, 1998.

A REGULAMENTAÇÃO DO TRABALHO REMOTO NOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA

Camilla Martins dos Santos Benevides¹

Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

camilla.benevides1@gmail.com

ORCID: 0000-0001-6951-1122

DOI: <https://doi.org/10.62140/CB500124295>

Recebido em: 28/11/2022

Aprovado em: 10/01/2023

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de trabalho remoto; 3. Dados estatísticos da utilização do trabalho remoto da União Europeia; 4. Principais instrumentos regulatórios internacionais e na União Europeia sobre o trabalho Remoto; 5. Regulamentação do trabalho remoto nos estados membros da União Europeia; 6. Conclusão.

Resumo: Para o operador do direito, o trabalho remoto traz novos desafios e oportunidades, já que existem muitas lacunas normativas a respeito do tema. O objetivo deste estudo é analisar as fontes de regulação do teletrabalho nos países da União Europeia, a partir dos dados divulgados pela Eurofound, que analisa a legislação nacional dos países membros e da negociação coletiva criada por meio do diálogo social. Foram abordadas nesta pesquisa as divergências técnicas acerca do conceito de trabalho remoto nos países em estudo, sendo analisadas também as normais internacionais aplicáveis ao tema, ressaltando-se o papel da

¹ Advogada no Brasil e em Portugal. Doutoranda em Direito em regime de cotutela na Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas e Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUC/PR. <https://orcid.org/0000-0001-6951-1122>. E-mail: camilla.benevides1@gmail.com

Organização Internacional do Trabalho e dos parceiros sociais europeus. Quanto aos aspectos metodológicos, realizou-se uma análise qualitativa das fontes de regulamentação do teletrabalho em cada Estado membro da UE. Os resultados da pesquisa evidenciam que as fontes normativas do teletrabalho entre os países europeus mostram diferenças significativas entre os países, o que reflete em parte a diversidade cultural, histórica, social e de modelos de relações laborais entre os Estados membros.

Palavras-chave: fontes de direito do trabalho; direito comunitário europeu; teletrabalho.

Abstract: For legal practitioners, remote work brings new challenges and opportunities, since there are many regulatory gaps on the subject. The objective of this study is to analyze the sources of regulation of telework in the countries of the European Union, based on data released by Eurofound, which analyzes the national legislation and the collective bargaining created through social dialogue in EU members. This research addressed technical divergences about the concept of remote work in the countries under study, analyzing the international standards applicable to remote workers and emphasized the role of the International Labor Organization and the European social partners. As for methodological aspects, a qualitative analysis of the sources of regulation of telework in each EU member state was carried out. The results were that the normative sources of telework among European countries show significant differences between countries, which partly reflects the cultural, historical, social and models of labor relations diversity among the Member States. **Keywords:** sources of labor law; European community law; telework.

1. Introdução

O trabalho remoto é uma nova realidade, que será cada vez mais frequente na vida dos trabalhadores e dos operadores do direito, dada as suas características e impulsionado pela globalização.

Embora essa modalidade de prestação laborativa abarque um percentual importante da população, existem ainda lacunas legislativas que possibilitam discrepâncias e, em algumas situações, discriminação entre trabalhadores.

A regulamentação da prestação de serviços na modalidade a distância incide em vários desafios, já que, enquanto as relações de trabalho são dinâmicas, a formalização e/ou a atualização de legislação é lenta e burocrática.

A Eurofound disponibilizou, em setembro 2022, um relatório substancial sobre teletrabalho, intitulado “*Telework in the EU: regulatory frameworks and recent update*”, que analisa, entre outros aspectos, a regulamentação do teletrabalho nos vários Estados-Membros da União Europeia e a sua evolução na sequência da pandemia.

Considerado os dados obtidos no relatório mencionado, o objetivo deste estudo é analisar as fontes de regulação do teletrabalho nos países da União Europeia, a partir do estudo da legislação nacional dos países membros e da negociação coletiva criada por meio do diálogo social.

Para compreensão dos dados apresentados, no segundo item deste estudo serão apresentados os critérios utilizados na pesquisa para conceituação da expressão “trabalho remoto”.

Dados estatísticos da utilização do trabalho remoto na União Europeia são apresentados no terceiro item, a fim de evidenciar a relevância deste tema, já que os teletrabalhadores representam um percentual importante da população europeia.

No quarto item são apresentados os principais instrumentos regulatórios internacionais e da União Europeia (UE) acerca do trabalho remoto, enquanto no quinto item são apresentados os dados da Eurofound, que analisam a regulamentação do trabalho virtual por meio de legislação ou negociação coletiva nos Estados-Membros da UE.

Os resultados da pesquisa evidenciam que as fontes normativas do teletrabalho entre os países europeus mostram diferenças significativas entre os países, o que reflete em parte a diversidade cultural, histórica, social e de modelos de relações laborais entre os Estados membros.

Quanto aos aspectos metodológicos, o presente estudo será elaborado por meio de revisão legislativa e bibliográfica dos países da União Europeia, com a utilização de critérios qualitativos.

2. Conceito de Trabalho Remoto

Com o objetivo de delimitar o tema que será abordado, e considerando a existência de múltiplos conceitos e interpretações acerca do termo “trabalho remoto”, neste tópico serão apresentados os conceitos aplicados na coleta de dados que baseiam este estudo.

Inicialmente, observa-se que o conceito e os locais de prestação de serviço podem variar considerando o tipo de relação existente, distinguindo-se quando o trabalho é autônomo ou subordinado. Embora entenda-se que em ambos os casos seja necessária a observância de padrões de proteção social, neste estudo será analisada a questão considerando dados e conceitos relacionados aos empregados subordinados.

Atualmente, não existe uma definição internacional de trabalho remoto. No entanto, esta modalidade pode ser descrita nas situações em que o trabalho é realizado total ou parcialmente em um local de trabalho alternativo, diferente do local onde o empregador fica estabelecido fisicamente².

Telework e *telecommuting*³ foram os principais conceitos desenvolvidos e usados na década de 1980 e no início década de 1990, influenciado pelas análises de Jack Nilles e Alvin Toffler, fruto do desenvolvimento tecnológico da época do Vale do Silício (Califórnia – EUA). Naquele período, contudo, o conceito tinha conexão com postos de trabalhos fixos, porque a primeira geração de ICT⁴ (computadores pessoais e telefones fixos) não permitiam maior flexibilidade ou mobilidade no que diz respeito ao local de trabalho.⁵

Considerando a palavra “remoto” a partir do significado descrito no dicionário Michaelis, o “que pode ser acessado e operado a distância, por meio de uma linha de comunicações”⁶, verifica-se a existência de outras palavras similares utilizadas nos ordenamentos jurídicos europeus, tais como “*telework, home office, smart working/ agile work, virtual work, hybrid work e virtual work*”, que, embora semanticamente sejam semelhantes, podem possuir conceitos técnicos e aspectos normativos diferentes dentro dos Estados Membros da União Europeia.

² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/dgreports/---stat/documents/publication/wcms_747075.pdf. Acesso em 01/11/2022.

³ Optou-se por manter a grafia em inglês dos termos que identificam as modalidades de trabalho remoto, com a finalidade de evitar interpretações conceituais equívocas correlacionadas à tradução e ao significado o termo dentro de um ordenamento jurídico específico.

⁴ Expressão em inglês “ICT - Information and Communication Technologies” que significa “Tecnologias da informação e comunicação”.

⁵ EUROFOUND. Telework in the EU: Regulatory frameworks and recent updates, 2022.

⁶ MICHAELIS, Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em: https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/remoto_. Acesso em 01/11/2022.

Atualmente, *telework* é o termo prevalente em estudos empíricos de investigação na Europa, na regulamentação europeia e na legislação nacional, para se referir a acordos de trabalho fora das instalações do empregador e realizados por meio de ICT.⁷

Neste trabalho serão apresentados os dados coletados pelo EUROFOUND, que utiliza o conceito *T/ICTM*, que pode ser definido como “o uso de tecnologias de informação e comunicação (ICT), como smartphones, tablets, laptops e/ou desktop de computadores, para trabalhos executados fora do instalações do empregador”⁸. Desta forma, as expressões “teletrabalho, trabalho remoto e trabalho virtual” serão utilizadas como sinônimos neste estudo, e se referem ao conceito *T/ICTM* apresentado neste parágrafo.

3. Dados Estatísticos da Utilização do Trabalho Remoto na União Europeia

Durante a crise do COVID-19, uma grande proporção de empregados enfrentou mudanças nos padrões de trabalho, inclusive com alteração dos afazeres presenciais, para a realização das atividades em modo virtual. Em 2019, aproximadamente 1 em cada 20 (aproximadamente 5,5%) pessoas empregadas com idade entre 20 e 64 anos na UE geralmente trabalhava em casa. O impacto da crise do COVID-19 foi notório, pois esta quota mais do que duplicou em 2020, passando-se ao percentual de 12,3%. Em menor grau, registou-se um novo aumento 2021, para 13,5%.⁸

Para a coleta dos dados acima apresentados, considerou-se na pesquisa quem “habitualmente trabalhava em casa”, o que significa fazer em próprio domicílio qualquer trabalho produtivo relacionado com o emprego atual durante, pelo menos, metade dos dias trabalhados em quatro semanas.

Finlândia, Luxemburgo e Irlanda lideravam, em 2020, os países europeus com maior quantidade de empregados remotos, com percentuais superiores a 20% da população analisada (considerando pessoas entre 15 e 64 anos), enquanto Hungria, Croácia, Turquia, Macedônia do Norte, Romênia e Bulgária estavam entre os últimos resultados da pesquisa, com percentuais inferiores a 4%.¹⁰

⁷ EUROFOUND. The rise in telework: Impact on working conditions and regulations, 2022. ⁸ EUROFOUND. Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, 2017, p. 9.

⁸ EUROSTAT. Rise in EU population working from home, 2022. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20221108-1>. Acesso em 01/12/2022. ¹⁰ STATISTA. Percentage of employed people usually working from home in Europe 2020, by country. Disponível em <https://www.statista.com/statistics/879251/employees-teleworking-in-the-eu/>. Acesso em 05/12/2022.

Em 2021, analisando-se apenas os dados das regiões (NUTS)⁹ com maiores percentuais de crescimento no quesito “trabalho remoto”, igualmente se verifica uma diferença na distribuição destes trabalhadores dentro da UE. As regiões de *Stockholm e Eastem and Midland* possuíam um percentual de trabalhadores com atividade virtual correspondente a aproximadamente 40% da população (considerando pessoas entre 20 e 64 anos), enquanto *Helsinki-Uusimaa, Prov. Brabant Wallon, Prov. Vlaams-Brabant, Bruxelles-Capitale e Utrecht*, ostentavam um percentual superior a 30% e inferior a 40%.¹⁰

Diversos são os fatores (históricos, sociais, culturais e econômicos) que podem impactar nas diferenças mencionadas nos parágrafos anteriores, porém, um deles, que pode ter sido relevante, é a formação acadêmica da população, já que o trabalho realizado por meio remoto geralmente está relacionado às atividades intelectuais. Desta forma, importante ressaltar que os países com maior população com ensino superior completo são Luxemburgo e Irlanda (mais de 60% da população entre 25 e 34 anos possui um diploma universitário), que também lideravam o percentual de trabalhadores remotos, como já mencionado nesta

pesquisa.¹¹

4. Principais Instrumentos Regulatórios Internacionais e na União Europeia sobre o Trabalho Remoto.

Os principais instrumentos internacionais e da UE especificamente focados no trabalho remoto incluem a Convenção do Trabalho Domiciliar, 1996 (n° 177¹²), e a

⁹ A nomenclatura das unidades territoriais estatísticas (Nomenclature des Unités territoriales statistiques – NUTS) é um sistema geográfico, segundo o qual o território da União Europeia está dividido em níveis hierárquicos. Os três níveis hierárquicos são conhecidos como NUTS-1, NUTS-2 e NUTS-3. Esta classificação permite comparações estatísticas transfronteiriças em vários níveis regionais dentro da UE. Conceito disponível em: DESTATIS. NUTS classification: The hierarchical categorisation of EU territories and regions. Disponível em: https://www.destatis.de/Europa/EN/Methods/Classifications/OverviewClassification_NUTS.html#:~:text=The%20nomenclature%20of%20territorial%20units,%2D2%20and%20NUTS%20%2D3. Acesso em 05/12/2022.

¹⁰ EUROSTAT. Employed people usually working from home, 2021 (people aged 20–64, selected NUTS 2 regions). Disponível em: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Employed_people_usually_working_from_home,2021\(people_aged_20%E2%80%9364,_selected_NUTS_2_\(regions\)_RYB2022.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Employed_people_usually_working_from_home,2021(people_aged_20%E2%80%9364,_selected_NUTS_2_(regions)_RYB2022.png). Acesso em 05/12/2022.

¹¹ EUROSTAT. Educational attainment statistics, 2022. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Educational_attainment_statistics#:~:text=In%20this%20article%20three%20main,and%20other%20higher%20education%20institutions. Acesso em 05/12/2022.

¹² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Home Work Convention, 1996 (No. 177). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322. Acesso em 10/01/2023.

Recomendação de Trabalho Doméstico, 1996 (n° 184¹³), ambos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que historicamente têm sido aplicados a trabalhadores domiciliares e pode oferecer alguma orientação sobre como abordar alguns dos desafios do teletrabalho.

O trabalho em domicílio (home work) é definido na Convenção n° 177 como o trabalho realizado por uma pessoa (*homeworker*) em sua casa ou em outro local de sua escolha, que não seja o local produtivo da empresa, mediante remuneração e do qual resulta um produto ou serviço conforme especificado pelo empregador, independentemente de quem fornece os equipamentos, materiais ou outros insumos utilizados (Art. 1°).

Cada Estado Membro que ratificar esta Convenção é obrigado a adotar, implementar e revisar periodicamente uma política nacional sobre trabalho em casa, destinada a promover a igualdade de tratamento entre os trabalhadores em domicílio e os outros trabalhadores, em particular no que diz respeito à proteção contra a discriminação no emprego e ocupação, saúde e segurança do trabalho, dentre outros.

A Recomendação n° 184 da OIT especifica ainda as medidas que devem ser implementadas pelos Estados Membros da OIT, a fim de assegurar a consecução dos propósitos da Convenção acima mencionada. A Recomendação destaca a necessidade de informação dos teletrabalhadores sobre as condições específicas do seu emprego por escrito, em particular no que diz respeito: a) ao nome e endereço do empregador e do intermediário, se houver; b) à escala, remuneração e métodos de cálculo e c) ao tipo de trabalho a ser executado.

Um ponto interessante sobre a Recomendação acima mencionada é a previsão de que membros de órgãos de fiscalização nacionais relacionados à proteção dos trabalhadores tenham acesso à casa do empregado ou a outras instalações privadas em que o trabalho é realizado, com a finalidade de fazer cumprir as normas de proteção dirigidas aos empregados em domicílio.

¹³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Home Work Recommendation, 1996 (No. 184). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522. Acesso em 10/01/2023.

O Acordo Quadro sobre Teletrabalho¹⁴, celebrado em 16 de julho de 2002, é o primeiro acordo autônomo negociado pelos parceiros sociais europeus e, como tal, representa um marco nas relações laborais da UE. Pela primeira vez, abordou-se diretamente o desafio emergente colocado por novas formas de trabalho, definindo-se um conjunto de princípios e regras a serem implementadas nos Estados-Membros da União Europeia e nos países do Espaço Econômico Europeu (EEE).

O relatório¹⁵ sobre a implementação do programa dos parceiros sociais europeus do Acordo Quadro, acima mencionado, evidencia importantes medidas aplicadas nacionalmente, para observância dos princípios destacados no documento na proteção dos trabalhadores remotos.

A negociação coletiva em nível nacional ou setorial reflete a prática tradicional em vários países (Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Islândia, Itália e Luxemburgo). Alguns atores sociais, em nível nacional, de países onde a negociação coletiva geralmente é setorial (Espanha, Finlândia, Holanda e Suécia), fizeram recomendações às contrapartes em níveis estaduais, para criação de negociação e instalação dos procedimentos geralmente adotados. As diretrizes foram adotadas pelos parceiros sociais em países onde as relações laborais tendem a ser descentralizadas e não preveem instrumentos vinculativos a nível nacional, deixando os atores sociais nacionais com uma função de coordenação (Reino Unido, Irlanda e Letônia). Na Alemanha, a questão tem sido normalmente tratada por meio de acordo coletivo. Em alguns Estados-Membros, em razão de aspectos relacionados às suas relações laborais, os parceiros sociais deixaram as questões regulatórias para o legislador, embora fossem envolvidos no processo de redação ou consulta (Polónia, Hungria, Eslováquia e República Checa República).

Além do relatório acima mencionado, não existem outros estudos detalhados acerca da implementação ou dos resultados advindos a partir do Acordo Quadro firmado pelos atores sociais dos Estados-Membros da UE.

¹⁴ EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION. Framework Agreement on Telework. Disponível em: https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf. Acesso em 01/11/2022.

¹⁵ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework, 2008. Disponível em: http://erc-online.eu/wpcontent/uploads/2015/03/LexUriServ.do_.pdf. Acesso 10/01/2023.

Importante observar que, sendo o trabalho remoto uma modalidade de prestação da atividade laborativa a ser realizada por empregados autônomos ou subordinados, para esses últimos todas as regras e normas trabalhistas internacionais e da UE, aplicáveis em diferentes aspectos de uma relação de trabalho, como, por exemplo, direito à igualdade, à proteção social da maternidade, à liberdade de associação, à eficácia das normas coletivas, dentre outros, também são aplicadas aos trabalhadores remotos.¹⁶

5. Regulamentação do Trabalho Remoto nos Estados Membros da União Europeia

A Eurofound¹⁷ disponibilizou, em setembro 2022, um relatório substancial sobre teletrabalho intitulado “*Telework in the EU: regulatory frameworks and recent update*”¹⁸, que analisa, entre outros aspectos, a regulamentação do teletrabalho nos vários Estados-Membros da União Europeia e a sua evolução na sequência da pandemia.

Os estudos evidenciam que a maioria dos Estados-Membros tinha regulamentado o trabalho remoto antes do COVID-19 e que alguns introduziram mudanças ou criaram novas regulamentações após o início da pandemia.

A maioria dos países da UE tem legislação específica sobre teletrabalho (Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, República Tcheca, Estônia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Holanda, Polónia, Portugal, Roménia, Eslováquia, Eslovénia e Espanha). Na maioria destes países, a legislação é complementada por negociação coletiva de diversos níveis. Na Croácia, Letónia e Polónia, a legislação é a única fonte de regulamentação.

Os demais países carecem de definições de legislação específica que trate do teletrabalho ou possuem legislação esparsa relacionada à proteção de dados, segurança e

¹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Telework: Online training series International and EU Labour Standards Background paper, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/genericdocument/wcms_753334.pdf. Acesso 10/01/2023.

¹⁷ A EUROFOUND é um a agência tripartida da União Europeia que disponibiliza informação com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento de melhores políticas sociais, de emprego e laborais.

¹⁸ Todos os dados apresentados neste item foram coletados a partir do relatório apresentado pelo Eurofound.

²¹ O objetivo do Código é fornecer orientação prática e uma guia de “boas práticas” aos empregadores, empregados e seus representantes em relação ao direito à desconexão. Embora não possua força de lei, pode ser utilizado, pelo tribunal, órgão ou empregados em processos trabalhistas como evidencia e considerando para análise da questão apresentada em juízo. Mais disponíveis sobre o código de boas práticas em: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Reflexões sobre o trabalho digno na era digital. Conferência com a OIT Lisboa. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_836190.pdf. Acesso 01/02/2023.

saúde, jornada de trabalho e outras regras gerais (Chipre, Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Noruega e Suécia), normas estas que também se aplicam aos teletrabalhadores. Entre estes países, dois grupos principais podem ser identificados. Nos países nórdicos, o teletrabalho é regulado principalmente por meio de negociação coletiva setorial (Finlândia e Noruega) ou por meio de acordos coletivos (Dinamarca e Suécia). No Chipre e na Irlanda, somente acordos coletivos foram identificados. No caso da Irlanda, existe ainda um código de boas práticas²¹, que trata do direito à desconexão e prevê orientações sobre trabalho remoto.

A comparação das regulamentações do teletrabalho entre os países da UE mostra relevantes diferenças, que refletem em parte a diversidade de modelos de relações laborais adotados pelos países. Entende-se que diferenças históricas, sociais, culturais e econômicas impactam no modelo de regulamentação adotado por cada Estado-Membro. Ao comparar a relação entre regulamentos baseados na legislação nacional e regulamentos baseados no diálogo social e na negociação coletiva, o estudo da Eurofound dividiu os países em seis grupos.

No primeiro grupo, formando por Bélgica, França e Luxemburgo, a legislação é combinada com acordos setoriais nacionais (França) ou é resultado de acordos vinculativos nacionais que são traduzidos em um segundo momento em legislação (Bélgica e Luxemburgo). Além disso, a legislação deixa a implementação de vários aspectos-chave do teletrabalho, incluindo o direito à desconexão, para a negociação coletiva ou diálogo social dentro do nível empresarial.

Áustria e Holanda formam o segundo grupo, que é marcado por uma legislação genérica sobre o trabalho remoto. Convenções e acordos coletivos possuem um papel de destaque, num contexto de relações empregatícias marcadas por altos níveis de negociações coletivas que atuam de forma centralizada e coordenada.

O terceiro grupo foi subdividido em dois. O primeiro subgrupo é formado por Itália e Espanha, enquanto o segundo é formado por Grécia, Portugal e Eslovênia. Todos esses países tinham, antes do COVID-19, pouca negociação coletiva sobre o trabalho remoto. Após a pandemia o tema ganhou maior desenvolvimento nos países deste grupo. Itália e Espanha registraram um papel mais forte na negociação coletiva do que Portugal e Eslovênia. Nestes últimos países, a negociação coletiva é mais desenvolvida do que na Grécia, onde acordos setoriais e empresariais sobre teletrabalho são subdesenvolvidos.

Os países nórdicos que seguem um modelo voluntário de governança associativa formam o quarto grupo. Nesses países, o teletrabalho foi abordado por meio de diferentes leis acerca do ambiente de trabalho (por exemplo, a Lei de Segurança e Saúde Ocupacional na Dinamarca e a legislação de proteção de dados na Suécia). Um aspecto relevante da regulamentação do trabalho remoto nos países nórdicos é que o teletrabalho ocasional, que representa a maior proporção de acordos de teletrabalho, é implementado principalmente por meio de acordos individuais e informais.

O quinto grupo é formado por Chipre e Irlanda. Nestes países não existe legislação nacional sobre o teletrabalho, reiterando-se que na Irlanda existe o código de boas práticas já mencionado.

Os países do Leste Europeu formam o último grupo, que também foi subdividido em dois. Neste grupo, o teletrabalho é regulado principalmente por legislação nacional. A negociação coletiva desempenha um papel apenas marginal na regulação do teletrabalho, em razão da baixa adesão à negociação coletiva. Com exceção do primeiro subgrupo, formado por Bulgária, República Checa e Lituânia, não há negociação coletiva setorial e poucas empresas abordam o teletrabalho por meio de negociação individual.

Os dados apresentados apontam que os países membros utilizam formas variadas de regulamentação, sendo que, enquanto alguns utilizam a formalização de legislação, outros optam pela implementação de normas por meio de negociação coletivas, e uma terceira via utiliza um misto incluindo regras genéricas por meio de legislação e detalhando aspectos que possuem relação com o tipo de trabalho prestado e a área de atuação do empregador, por meio de negociação coletiva.

6. Conclusão

O presente estudo evidencia que o termo “trabalho remoto” possui interpretações diversas nos ordenamentos jurídicos europeus, sendo que a prestação de serviços realizada por meios telemáticos, total ou parcialmente, fora da sede do empregador, geralmente é denominada na Europa como teletrabalho.

Dados estatísticos apresentados neste estudo evidenciam o aumento exponencial de trabalhadores remotos após a ocorrência da pandemia COVID-19, nos países membros da União Europeia, bem como o fato de que, mesmo após o término da emergência, o teletrabalho continua sendo utilizado por um percentual significativo da população. Ademais, verificou-se o maior uso do trabalho remoto nos países com maior população com ensino

superior, justamente em razão deste tipo de atividade estar relacionada ao trabalho intelectual.

Foram apresentados os principais instrumentos regulatórios internacionais e na União Europeia sobre o trabalho Remoto, destacando-se o papel da OIT e do Acordo Quadro sobre Teletrabalho, sendo este último fruto do diálogo entre parceiros sociais europeus e um passo fundamental para a proteção dos trabalhadores remotos. Ademais, considerando que o teletrabalho é uma modalidade de prestação de serviços, foi evidenciado que todas as normas europeias acerca da regulamentação e proteção dos empregados subordinados também são aplicadas ao teletrabalhadores.

Com relação à regulamentação do trabalho remoto nos Estados-membros da União Europeia, foram apresentados os dados levantados pela Eurofound, que verificou as formas de regulamentação do teletrabalho na União Europeia, destacando-se a utilização de legislação nacional e/ou negociação coletiva.

Os resultados da pesquisa demonstram que a forma de regulamentação do teletrabalho é bastante divergente entre os países europeus, o que reflete em parte a diversidade cultural, histórica, social e de modelos de relações laborais entre os Estados membros.

Embora a utilização do diálogo social para regulamentação seja visto de forma positiva, já que as normas nascem a partir da negociação entre as partes, o que tende a observar, dentro do possível, o interesse de todos os atores sociais, entende-se que as diferenças existentes entre os países membros da UE evidenciam a necessidade de normas sobre o trabalho remoto em nível europeu, ao menos quanto a questões primordiais, como definição do termo “trabalho remoto”, horário de trabalho e direito à desconexão, bem como a questão relacionada à infraestrutura necessária para o trabalho por meios telemáticos, a fim de gerar maior igualdade entre os países membros e segurança jurídica tanto para os empregados quanto para as empresas na União Europeia.

Referências Bibliográficas

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Report on the implementation of the European social partners' Framework Agreement on Telework, 2008. Disponível em: http://erc-online.eu/wp-content/uploads/2015/03/LexUriServ.do_.pdf

Benevides, Camilla Martins dos Santos. Regulamentação do trabalho remoto nos Estados-membros da União Europeia

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 89-102. Porto: Iberojur Science Press, 2023.

DESTATIS. NUTS classification: The hierarchical categorisation of EU territories and regions. Disponível em: [https://www.destatis.de/Europa/EN/Methods/Classifications/](https://www.destatis.de/Europa/EN/Methods/Classifications/OverviewClassification_NUTS.html#:~:text=The%20nomenclature%20of%20territorial%20units,%2D2%20and%20NUTS%20%2D3)

[OverviewClassification_NUTS.html#:~:text=The%20nomenclature%20of%20territorial%20units,%2D2%20and%20NUTS%20%2D3](https://www.destatis.de/Europa/EN/Methods/Classifications/OverviewClassification_NUTS.html#:~:text=The%20nomenclature%20of%20territorial%20units,%2D2%20and%20NUTS%20%2D3)

EUROFOUND. Telework in the EU: Regulatory frameworks and recent updates, 2022

EUROFOUND. The rise in telework: Impact on working conditions and regulations, 2022.

EUROFOUND. Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, 2017.

EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION. Framework Agreement on

Telework. Disponível em:

<https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/>

[Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf](https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2020-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf)

EUROSTAT. Educational attainment statistics, 2022. Disponível em:

https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Educational_attainment_statistics#:~:text=In%20this%20article%20three%20main,and%20other%20higher%20education%20institutions

EUROSTAT. Employed people usually working from home, 2021 (people aged 20–64, selected NUTS 2 regions). Disponível em:

[https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=File:Employed_people_usually_working_from_home,_2021_\(people_aged_20%E2%80%9364,_selected_NUTS_2_regions\)_RYB2022.png](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php?title=File:Employed_people_usually_working_from_home,_2021_(people_aged_20%E2%80%9364,_selected_NUTS_2_regions)_RYB2022.png)

EUROSTAT. Rise in EU population working from home, 2022.

Disponível em:

<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/ddn-20221108-1>

MICHAELIS, Dicionário brasileiro da língua portuguesa. Disponível em:

<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/remoto>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Defining and measuring remote work, telework, work at home and home-based work. 2020. Disponível em:

Benevides, Camilla Martins dos Santos. Regulamentação do trabalho remoto nos Estados-membros da União Europeia

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 89-102. Porto: Iberojur Science Press, 2023.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/publication/wcms_747075.pdf.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Home Work Convention, 1996 (No. 177). Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Home Work

Recommendation, 1996 (No. 184). Disponível em:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312522

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Reflexões sobre o trabalho digno na era digital. Conferência com a OIT Lisboa. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_836190.pdf

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Telework: Online training series International and EU Labour Standards Background paper, 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---sro-budapest/documents/genericdocument/wcms_753334.pdf

STATISTA. Percentage of employed people usually working from home in Europe 2020, by country. Disponível em

<https://www.statista.com/statistics/879251/employee-teleworking-in-the-eu/>

EL ENCUADRAMIENTO SINDICAL DEL TELETRABAJADOR CON FUNDAMENTO EN LA UNIDAD SINDICAL EN BRASIL

The Teleworker and the Regulation of Unions based on the System of Single-Union in Brazil

Camilla Martins dos Santos Benevides¹

Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

camilla.benevides1@gmail.com

ORCID: 0000-0001-6951-1122

DOI: <https://doi.org//10.62140/CB733935258>

Recibido em: 23/10/2022

Aprovado em: 30/11/2022

Contenidos: 1. Introducción; 2. La determinación del convenio colectivo aplicable o encuadramiento sindical en Brasil; 3. Reglas generales sobre el teletrabajo; 4. El concepto de *lotação*² y la aplicación de normas colectivas en el teletrabajo; 5. Conclusión.

Resumen: Bajo el presupuesto de la unidad sindical vigente en el ordenamiento jurídico brasileño es necesario analizar el encuadre sindical para determinar el convenio colectivo aplicable a un determinado contrato de trabajo. En Brasil, el encuadre sindical se basa en dos factores: la actividad económica predominante de la empresa (excepto cuando

¹ Abogada en Brasil y Portugal. Estudiante de doctorado en Derecho en cotutela en la Università degli Studi di Roma “La Sapienza” y la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Magíster en Derechos Humanos y Políticas

Públicas y Especialista en Derecho Laboral Material y Procesal de la PUC/PR. <https://orcid.org/0000-0001-69511122>. Correo electrónico: camilla.benevides1@gmail.com

² Todas las traducciones son libres de la autora. Se utilizará en el presente escrito la palabra original “*lotação*” pues no se encontró un término en castellano que conserve la fidelidad en su significado. Por lo anterior, se procederá a explicar el significado del concepto en el apartado pertinente. ³ Ley 13.467/2017.

se trata de una categoría profesional diferenciada) y el principio de territorialidad, es decir, el lugar donde se prestan los servicios. El teletrabajo, modalidad que fue mejor sistematizada con la Reforma Laboral de 2017³, y ampliamente utilizada a partir de 2020, con la llegada de la pandemia de covid-19, deja dudas sobre varios temas no contemplados por el ordenamiento jurídico brasileño. Entre estas incertidumbres está la cuestión del encuadramiento sindical de los teletrabajadores. El objetivo de este trabajo es analizar qué normas colectivas deben aplicarse a los contratos en modalidad de teletrabajo cuando el trabajador reside/trabaja en un lugar distinto a la sede de la empresa. Se entiende que el criterio de "**lotação**" utilizado por la Ley 14.442 de 2022, por tratarse de un acto unilateral del empleador, no es la mejor opción, pudiendo facilitar la materialización de situaciones de dumping social. Una mejor comprensión sería la que aplica la jurisprudencia, en el sentido de que para los efectos del encuadre sindical se debe observar la sede de la empresa donde se desarrolla la actividad económica, es decir, la estructura empresarial a la que pertenece la fuerza de trabajo del trabajador. También se presenta una solución para superar el modelo actual, con la adopción de la pluralidad sindical. En cuanto a los aspectos metodológicos, el artículo se elaboró mediante revisión legislativa, jurisprudencial y bibliográfica, utilizando criterios cualitativos.

Palabras clave: teletrabajo; la negociación colectiva; clasificación sindical.

Abstract: Considering the system of single-union in force in Brazil, to understand the collective rule applicable to an employment contract, it is necessary to analyze the regulation of union ("union framework"). In Brazil, the regulation of union is based on two factors: the company's predominant activity (except with differentiated professional category), and the principle of territoriality, that is, the place where services are provided. Telework, a modality that was better systematized with the 2017 with the Labor Reform, and widely used from 2020, with the advent of the covid-19 pandemic, leaves doubts about several issues not covered by the Brazilian legal system. Among these uncertainties is the question about the union regulation of teleworkers. The objective of this paper is to analyze which collective norms should be applied to contracts in the form of telework when the employee resides/works in a location distant of the company's headquarters. It is also understood that the criterion of "**lotação**" used by Law 14.442/2022, as it is a unilateral act of the employer, is not the best option, and can make possible situations of social dumping. A better understanding would be the one applied by the jurisprudence, in the sense that for the purposes of union classification, must be observed the headquarters of the company

where the economic activity is carried out, that is, the business structure to which the employee's workforce is directed. A solution is also presented to overcome the current model, with the adoption of union plurality. This study will be carried out through a bibliographic and jurisprudential review, using the qualitative criteria.

Keywords: teleworking; collective bargaining; regulation of unions.

1. Introducción

La pandemia mundial provocada por el coronavirus es responsable de crisis y vulnerabilidades, no solo en el escenario sanitario. Todas las relaciones sociales se vieron, en algún grado, afectadas por la pandemia y el derecho laboral no fue inmune.

El distanciamiento social anticipó tendencias y aceleró los cambios en el desempeño de las actividades en el entorno corporativo: el teletrabajo, las reuniones virtuales y el trabajo en plataformas digitales son solo algunos ejemplos de los cambios que se han producido en la rutina de muchos trabajadores.

Esta situación derivó en un aumento exponencial de los contratos de teletrabajo³, y considerando la precariedad de las normas en la materia, así como la urgencia de su implementación, ciertos puntos aún continúan siendo objeto de discusión, como el criterio de territorialidad y el encuadramiento sindical de los teletrabajadores.

Ante esta nueva relación con el trabajo, los ordenamientos jurídicos se ven obligados a actualizar conceptos y normas laborales para una mayor efectividad, evitando un escenario aún más perverso en tiempos de pandemia. Incluso porque, en una sociedad desigual como la que vivimos, si no procedemos de esta manera, se harán más evidentes las asimetrías sociales y se incrementarán las barreras imposibilitando la inclusión social.

El objetivo de este escrito es analizar las reglas de determinación sobre qué convenios colectivos deben ser aplicados a los contratos en modalidad de teletrabajo, cuando el trabajador reside y presta servicios en un lugar diferente a la sede de la empresa.

Este estudio se dividirá en tres partes. En la primera se explicarán las reglas de encuadramiento sindical en Brasil, observando el principio de unidad sindical. En la segunda

³ OLIVEIRA, Nelson. Teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulação é objeto de controvérsia. Publicado 24/07/2020. Disponible en: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganhaimpulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>. Consultado el 18 de noviembre de 2020

parte se presentarán las reglas generales sobre el teletrabajo y en el último subpunto se discutirán los temas relacionados con el marco sindical de los teletrabajadores.

2. El Marco Sindical En Brasil

El último hito en la historia del sindicalismo brasileño fue la Constitución Federal promulgada el 5 de octubre de 1988, que provocó cambios profundos en la organización sindical. Se pasó del sistema anterior con gran injerencia estatal (a raíz de la dictadura militar que se vivió en el país desde 1964) a un modelo que consagraba la autonomía de las entidades sindicales.

Las disposiciones relativas al sindicalismo están contenidas principalmente en el artículo 8 de la Constitución y entre los puntos positivos podemos mencionar: la libertad de organización de la entidad sindical; la libertad individual del trabajador para afiliarse al sindicato; la representación y sustitución procesal de las categorías en la defensa de sus intereses; la participación sindical obligatoria en cualquier negociación colectiva y la representación de los trabajadores en las grandes empresas.

He aquí el contenido íntegro de la referida disposición constitucional⁴:

Arte. 8 La asociación profesional o sindical es libre, con sujeción a lo siguiente:

- I - la ley no puede exigir la autorización del Estado para la constitución de un sindicato, salvo el registro ante el órgano competente, quedando prohibido al Poder Público inmiscuirse e intervenir en la organización sindical;
- II - está prohibida la creación de más de una organización sindical, de cualquier nivel, que represente una categoría profesional o económica, en la misma base

territorial, que será definida por los trabajadores o empleadores interesados, y no puede ser menor que el área de un Municipio;

- III - el sindicato es responsable de la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de la categoría, incluso en asuntos judiciales o administrativos;

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil De 1988. Art. 8°. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Consultado el 22 de febrero. 2022.

- IV - la asamblea general fijará la contribución que, tratándose de categoría profesional, se descontará de la nómina, por el costo del sistema confederativo de la respectiva representación sindical, independientemente de la contribución prevista en la ley;
- V - nadie estará obligado a afiliarse o permanecer afiliado a un sindicato;
- VI - la participación de los sindicatos en la negociación colectiva es obligatoria;
- VII - el jubilado afiliado tiene derecho a votar y ser votado en las organizaciones sindicales;
- VIII - está prohibido el despido del empleado sindicalizado a partir de la fecha de registro de la candidatura para cargo de dirección o de representación sindical y, en caso de ser elegido, aunque sea suplente, hasta un año después del término del mandato, a menos que cometa graves comportamientos o mala conducta en los términos de la ley.

Párrafo unico. Las disposiciones de este artículo se aplican a la organización de sindicatos rurales y colonias de pescadores, con sujeción a las condiciones establecidas por la ley.

En el inciso II del artículo 8 de la Constitución se consagró el principio de unidad sindical al prohibir la creación de más de una organización sindical, a cualquier nivel, representativa de una categoría profesional o económica, la cual será definida por los trabajadores o por los patrones, pero que no puede ser menor que el área de un Municipio.

Mauricio Godinho Delgado conceptualiza la unidad sindical como la existencia de un solo sindicato dentro de una misma base territorial:

La unicidad corresponde a la preceptiva normativa preceptiva de la existencia de un sindicato único que represente a los trabajadores correspondientes, ya sea por empresa, por profesión o por categoría profesional. Esta es la definición legal obligatoria del tipo de sindicato que puede organizarse en la sociedad, prohibiendo la existencia de entidades

sindicales competidoras u otro tipo de sindicatos. Es, en definitiva, el sistema de sindicato único, con el monopolio de la representación sindical de los sujetos laborales⁵.

Como enseña Ana Carolina Martinhago⁶, lo dispuesto en el inciso II del art. 8 de la CF, representa una afrenta y una paradoja en relación con los principios constitucionales democráticos.

Es importante aclarar que si bien está vigente el principio de unidad, los trabajadores no están obligados a afiliarse a un sindicato. En el inciso V del art. 8, la Constitución describe la libertad de asociación (afiliación) a los sindicatos, estableciendo que “nadie estará obligado a afiliarse o permanecer afiliado a un sindicato”. Este precepto también tiene por objeto evitar las diferencias entre asociados y no asociados. En cuanto al tema, Alice Monteiro Barros enseña⁷:

El artículo anterior implicó la derogación de los artículos 544 y 546 de la CLT, que otorgaban preferencia a los agremiados para ingresar en el servicio público o asimilados y servicios portuarios, así como, preferencia en los concursos para la adquisición de vivienda propia por parte del Plan Nacional de Vivienda, preferencia en la concesión de préstamos simples, a través de agencias financieras gubernamentales, etc.

Sin embargo, aunque el trabajador no esté afiliado, las reglas establecidas en las normas colectivas estipuladas por el sindicato de su categoría (que tienen un efecto *erga omnes*), se aplicarán obligatoriamente a su contrato de trabajo. Es por esto que es necesario verificar el encuadramiento sindical del trabajador para establecer el convenio colectivo que le será aplicable.

Esto se debe a que el contrato colectivo de trabajo es un acuerdo que tiene carácter de norma en Brasil. En este sentido, para que las normas convencionales se apliquen a las relaciones individuales de trabajo no es necesario que el trabajador y el patrón estén afiliados a los sindicatos que han entrado en negociación colectiva. Basta que la empresa y el trabajador

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —18. ed.— São Paulo : LTr, 2019, p. 1596

⁶ MARTINHAGO, Ana Carolina. Direito do Trabalho Vinte Anos Depois da Constituição Federal de 1988, Curitiba: Editora Juruá. 2008.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 968.

sean, simultáneamente, miembros de las respectivas categorías económicas y profesionales para que surja la obligación de cumplir las normas colectivas pactadas.

En Brasil, el encuadramiento sindical se basa en dos factores: la naturaleza e la actividad económica predominante de la empresa (excepto cuando se trata de una categoría profesional diferenciada, como se explicará más adelante), y el principio de territorialidad, es decir, el lugar donde se prestan los servicios. Este principio fue consagrado en el inciso II del art. 8 de la Constitución Federal de 1988, que repitió el art. 611 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), aprobada por Decreto-Ley N° 5.452, de 1 de mayo de 1943.

Así, para dilucidar la regla general antes mencionada, citamos, como ejemplo ficticio, el caso del empleado que trabaja como obrero en la industria metalúrgica en la ciudad de São Paulo. Considerando la actividad económica predominante (metalurgia) y la ciudad donde se prestan los servicios, se aplicarán las normas colectivas formalizadas por el Sindicato de Empleados de la Industria Metalúrgica de São Paulo y el Sindicato de Empresas Metalúrgicas de São Paulo.

En cambio, para los empleados que pertenecen a diferentes categorías⁸, el encuadramiento sindical no se basa en la actividad económica predominante de la empresa, sino en la actividad del empleado, que es una excepción a la regla general. Se mantiene, sin embargo, el criterio de territorialidad, debiendo observarse el sindicato de la categoría diferenciada ubicada en el lugar de prestación de los servicios.

Dada la peculiaridad del trabajo realizado por medios remotos, el concepto de local de la prestación del servicio, necesario para la verificación del sindicato competente para formalizar las normas colectivas, puede generar dudosa interpretación o incluso situaciones relacionadas con *el dumping social*, como se dilucidará mejor en el subapartado "4. El concepto de **lotação** y la aplicación de normas colectivas en el teletrabajo".

3. Las Reglas Generales del Teletrabajo en Brasil

⁸ Arte. 511, § 3 de la CLT. “Se considera categoría profesional diferenciada la formada por empleados que ejercen profesiones o funciones diferenciadas en virtud de un estatuto profesional especial o como consecuencia de condiciones singulares de vida.” Ejemplos de diferentes categorías: abogado (Ley 8906/94), médico veterinario (Ley 5517/68), enfermero (Ley 7498/86) y corredor de bienes raíces (Ley 6530/78)

El trabajo realizado fuera de las instalaciones del empleador no es un concepto nuevo en el mundo legal. En 1996, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Convenio 177, ya definió al trabajador a domicilio, según el artículo 1⁹:

A los efectos del presente Convenio:

(a) la expresión trabajo a domicilio significa el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

- (i) en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo de empleador;
- (ii) a cambio de una remuneración;
- (iii) con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello,

a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales;

(b) una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual;

(c) la palabra empleador significa una persona física o jurídica que, de modo directo o por conducto de un intermediario, esté o no prevista esta figura en la legislación nacional, da trabajo a domicilio por cuenta de su empresa.

A pesar de no ser ratificado por Brasil, el Convenio 177 sugiere la importancia de este tipo de trabajo desde el siglo pasado. El tema, en constante ascenso, ganó aún mayor

⁹ Organización Internacional del Trabajo. acuerdo sobre el trabajo en casa, 1996 (núm. 177) https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322 Consultado el 18 de noviembre de 2020.

notoriedad en tiempos de pandemia, cuando se vio la necesidad de acudir el trabajo remoto y ser ampliamente utilizado debido al aislamiento social.

El teletrabajo está contemplado en los artículos 75-A a 75-E de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT)¹⁰, insertados por la Ley N° 13.467/2017 (Reforma Laboral). Antes de la Reforma de 2017, la modalidad de teletrabajo no estaba satisfactoriamente disciplinada por nuestro ordenamiento jurídico, siendo contemplada exclusivamente en el párrafo único del artículo 6 de la CLT¹¹.

El artículo 75-B de la CLT define el teletrabajo como “la prestación de servicios principalmente fuera de los locales del empleador, con la utilización de tecnologías de la información y la comunicación que, por su naturaleza, no constituyen trabajo externo”. El párrafo único del artículo 75-B, a su vez, aclara que la presencia del trabajador en el local del empleador para realizar determinadas actividades que requieran su presencia no le quita la condición de teletrabajador.

Si bien en Brasil se permite la formalización de un contrato de trabajo tácito y/o verbal, en relación con los teletrabajadores, el art. 75-C determinó expresamente que se debe formalizar bajo la modalidad escrita. El artículo también exige, para cualquier cambio entre el régimen presencial y a distancia el acuerdo mutuo entre las partes involucradas, con una modificación contractual. En cambio, si esta modificación se produce del régimen de teletrabajo al régimen presencial, bastará la determinación unilateral por escrito del empleador, siempre que se conceda al trabajador un período mínimo de transición de 15 días.

Es importante señalar que, si bien el teletrabajo trae avances y la posibilidad de trabajar desde la propia casa, sin necesidad de viajar, aún existen puntos negativos como el aislamiento de los trabajadores y su impacto psicológico, el aumento de costos de gastos domésticos (como luz e internet) para los empleados, entre otros problemas relevantes como la violación al derecho de desconexión laboral. Además, debido a la realización del servicio por medios telemáticos, el empresario puede trasladar su unidad de prestación del servicio a

¹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —18. ed.— São Paulo : LTr, 2019

¹¹ Arte. 6 de la CLT: No se distingue entre trabajo realizado en el establecimiento del empleador, trabajo realizado en el domicilio del trabajador y trabajo realizado a distancia, siempre que se caractericen los supuestos de la relación laboral.

Párrafo unico. Los medios telemáticos e informáticos de mando, control y supervisión son equivalentes, a los efectos de la subordinación legal, a los medios personales y directos de mando, control y supervisión del trabajo ajeno.

un lugar donde las leyes laborales sean menos exigentes o a un punto del territorio global donde el coste de la hora de trabajo sea más económico.

Sobre el tema de la deslocalización del trabajo, el profesor Luciano Martínez¹² recuerda que algunas empresas europeas, para abaratar costes, prefieren instalar sus *call centers* en India, Argelia o Marruecos, para que allí, en inglés, francés o español, sus clientes sean atendidos sin que se den cuenta de que están hablando con empleados situados en otro país. “Lo que el profesor español Sanguinetti Raymond denomina -importación virtual- ocurre cuando se traslada la prestación del servicio a otro Estado menos protector, estimulando el fenómeno del dumping social dada la disminución del precio del trabajo contratado”.¹³

4. El Concepto de Capacidad y la Aplicación de Normas Colectivas en el

Teletrabajo

Como se mencionó anteriormente, en el ordenamiento jurídico brasileño, el encuadramiento sindical, es decir, el análisis de las normas colectivas aplicables a un determinado contrato de trabajo, tiene en cuenta la actividad predominante del empleador y el lugar de la prestación de los servicios, excepto en los casos de categoría diferenciada, cuando se observe la categoría profesional del trabajador.

Ocurre que el teletrabajo se caracteriza por la prestación de servicios predominantemente fuera de las instalaciones del empleador. Cuando los teletrabajadores desarrollan sus actividades, por ejemplo, en su domicilio ubicado en la misma ciudad que el empleador, no existen dudas sobre las normas colectivas aplicables. El problema se presenta cuando el empleado vive/trabaja en un lugar diferente al de la empresa, es decir, cuando no existe sede/matriz, sucursal o establecimiento comercial en el mismo lugar de residencia del empleado contratado.

La regla de territorialidad de la negociación colectiva partía de un modelo en el que la prestación de los servicios se realizaba básicamente en el local físico de la empresa, o en la residencia del trabajador en un lugar próximo al establecimiento, resultando insuficiente para

¹² MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho 13.

ed. – São Paulo : SaraivaJur, 2022

¹³ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho 13. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 143.

dar cabida a todas las hipótesis de prestación del servicio, principalmente dada la modernización de las relaciones laborales y en particular la provisión de trabajo remoto.

Para resolver esta cuestión y otros puntos, se editó la Medida Provisional 1.108/2022, que entró en vigor el 25/03/2022, y posteriormente fue convertida en Ley 14.442/2022, con efectos a partir del 02/09/2022. La citada regla determina que: "§ 7º Las disposiciones establecidas en la legislación local y en los convenios y acuerdos colectivos relativos a la base territorial di **lotação** del trabajador.

En nuestra opinión, la redacción de la norma terminó por no ser clara, centrándose en otras dudas, ya que el concepto de "**lotação**" en Brasil, originalmente tiene una relación con el derecho administrativo y, en consecuencia, con los servidores públicos, teniendo un mero efecto tributario para empleados de empresas privadas.

Con base en el concepto¹⁴ dado por el propio Gobierno brasileño, la expresión "**lotação**" influye "en el método de cálculo de la contribución a la seguridad social para un grupo asegurado específico. Por lo tanto, no debe confundirse con el lugar de trabajo del empleado"¹⁵.

Así, no importa donde la empresa tenga su matriz (sede), o incluso el lugar de residencia del demandante, porque, para los efectos de la Ley 14.442/2022, la "**lotação**" del empleado tendrá lugar conjuntamente en el establecimiento comercial a la que está obligado contractualmente.

Considerando que la "**lotação**" es información proporcionada unilateralmente por el empleador, se teme que el trabajador sea destinado, por elección del empleador, en un municipio donde la actividad sindical es poco activa por las características del lugar, con el fin de evitar la aplicación de convenios colectivos más complejos y protectores, o incluso reducir el número de huelgas debido a la ausencia de un movimiento sindical robusto en esa localidad. Se reitera que en Brasil esto es posible debido a la unidad sindical vigente, que determina que cada categoría profesional, en una determinada base territorial, tenga un solo

¹⁴ Concepto disponible en el manual sobre e-social, que es el sistema de registro desarrollado por el Gobierno Federal de Brasil para facilitar la gestión de la información relacionada con los trabajadores. Disponible en: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/documentacao-tecnica/manuais/manual-de-orientacao-do-esocial-mos-vs-10.pdf>. Consultado el 18 de enero de 2022.

¹⁵ BRASIL. Manual de Orientação do E-social. Disponible en: <https://www.gov.br/esocial/pt-br/documentacao-tecnica/manuais/manual-de-orientacao-do-esocial-mos-vs-1-0.pdf>. Consultado el 18 de enero de 2022

sindicato, que establece convenios colectivos con efecto *erga omnes*, dentro de la categoría y de la base territorial.

Importante aclarar que, por diversas razones, citando como ejemplo cuestiones tributarias y logísticas, es común que en Brasil las empresas tengan un "Registro Nacional de Personas Jurídicas - CNPJ" para la matriz/sede de la empresa, y otro para las sucursales, que en ocasiones no necesariamente tienen un impacto económico relevante dentro del grupo empresarial y que pueden estar ubicados en ciudades más pequeñas. La empresa JOHNSON & JOHNSON DO BRASIL ¹⁶(CNPJ 54.516.661/0001-01), por ejemplo, tiene su sede principal en la ciudad de São Paulo, y varias otras sucursales en Brasil, en ciudades más pequeñas como Extrema/MG (CNPJ 54.516.661/0049-48), João Pessoa/PB (CNPJ 54.516.661/0048-67), Cajamar/SP (CNPJ 54.516.661/0036-23), Itapevi/SP (CNPJ 54.516.661/0027-32), entre otros.

Se observa también que el mantenimiento del criterio “**lotação**” puede incluso vulnerar el principio de igualdad. Como ejemplo, citamos el caso hipotético de una empresa *e-commerce*, con sede en São Paulo y sucursales en Curitiba, Rio de Janeiro y Bahía. Dadas las características de la actividad “Desarrollador de software”, todos los nuevos empleados en esta función serán contratados en régimen de teletrabajo. En este mismo ejemplo, tres empleados son aceptados en el mismo proceso de selección y contratados el mismo día, sin embargo, por decisión unilateral de la empresa, Caio tendrá su sede en Curitiba; Tício en Río de Janeiro y de Mévio en Bahía. Si bien todos cumplen exactamente la misma función, que impacta directamente en la actividad comercial de la sede de la empresa en São Paulo, cada uno estará sujeta a una norma colectiva diferente, vinculada a la territorialidad de las sucursales.

Se observa que esta distinción salarial atenta contra los principios básicos del ordenamiento jurídico brasileño, ya que la Constitución Federal consagra, en su art. 7, incisos XXX y XXXI, el principio de no discriminación salarial, prohibiendo la diferencia salarial por razón de sexo, color, edad, incapacidad, etc.

¹⁶ Datos disponibles en <https://casadosdados.com.br/solucao/cnpj/filiais/johnson-and-johnson-do-brasilindustria-e-comercio-de-produtos-para-saude-ltda-54516661000101>

Como resultado de esta garantía constitucional, la CLT, en sus arts. 5 y 373-A, III, insertó la garantía de igual salario con la regla básica de que todo trabajador de igual valor debe recibir igual salario.

Una mejor comprensión, a nuestro juicio, sería la aplicada por la jurisprudencia, aunque cabe señalar que considerando que se trata de un tema reciente, aún no existen muchas decisiones al respecto. Como ejemplo, el entendimiento de los Tribunales Regionales del Trabajo de Río de Janeiro¹⁷ y Santa Catarina¹⁸, que emitieron sentencias reconociendo que para los efectos del encuadramiento sindical, debe observarse el lugar donde se desarrolla la actividad económica, es decir, la sede del demandado y no el lugar donde se presta el servicio (residencia del demandante u otro lugar remoto que no sea la sede del empleador).

Esta posición también fue refrendada por la doctrina. En ese sentido, Gisela da Silva Freire¹⁹ entiende que, por estar los trabajadores integrados organizacionalmente en una misma empresa lo lógico sería estandarizar la representación en la sede patronal para traer más equilibrio de fuerzas y, en consecuencia, más beneficios a los teletrabajadores.

Luciano Martínez²⁰ también aclara que el teletrabajo realizado en un entorno virtual y *sui generis*, se debe aplicar la norma colectiva que rija en el ámbito territorial de la sede del empleador: “Esto se debe a que, como se mencionó anteriormente, el prestador del servicio está físicamente ausente de la sede del empleador, pero presente virtualmente allí, por medios telemáticos”.

Es cierto que la exigencia de territorialidad se estableció con el objetivo de adecuar la realidad del trabajador a la del lugar donde vive y trabaja, partiendo de la premisa de prestar servicios presencialmente, en establecimientos de la empresa o en el entorno donde se ubican, respetando, no solo el costo de vida de la región, sino también los valores y costumbres locales.

Sin embargo, los cambios considerables que han venido atravesando las relaciones laborales con el aumento exponencial del uso de la tecnología y, especialmente en los últimos

¹⁷ Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região - Rio de Janeiro - 0011000-54.2014.5.01.0001.

¹⁸ Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região - Santa Catarina - 0000023- 21.2017.5.12.0056

¹⁹ FREIRE, Gisela da Silva. Universo Sindical e o Teletrabalho *in* A evolução do teletrabalho. Tomo I: Aspectos Jurídicos. Organizadores Fabio Zavanella, Luis Otávio Camargo Pinto, Campinas, SP. Lacier Editora, 2021.

²⁰ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho 13. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 143.

años con la necesidad del aislamiento social permiten concluir la mitigación del principio de territorialidad.

Considerando que el concepto de base territorial está relacionado con el lugar donde se desarrolla la actividad económica, se entiende que para el análisis de la clasificación sindical se debe observar la estructura empresarial a la que se dirige la fuerza de trabajo del empleado.

Otro aspecto interesante que podría resolver el problema de la territorialidad como principio de encuadre sindical sería la superación del modelo actual que transmite la unidad sindical. Lo anterior pues con la pluralidad sindical estaría mejor representado el principio de la libertad sindical, ya que correspondería a las partes elegir, entre los diferentes sindicatos, el de mayor afinidad con sus ideas y aspiraciones.

5. Conclusión

El trabajo a distancia es una nueva realidad que implica, dadas sus características y el contexto globalizado en el cual predomina, un uso cada vez más frecuente en la vida de los trabajadores, empleadores y operadores jurídicos.

La regulación de la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo tiene varios desafíos, ya que mientras las relaciones laborales son más dinámicas, la formalización y/o actualización de la legislación es lenta y burocrática.

Entre las dificultades interpretativas existentes en el ordenamiento jurídico brasileño está la cuestión del encuadramiento sindical, que, por haber sido elaborado sobre la base de un modelo sindical fordista en donde el trabajador realiza sus actividades dentro de la sede del empleador, se aparta de la configuración o determinación de existencia de la relación laboral para teletrabajadores pues dicho indicio resulta inexistente.

Se observa que este tema es de gran importancia, ya que los convenios colectivos en Brasil establecen normas con *efecto erga omnes*, estableciendo varias obligaciones, entre ellas el salario mínimo de una determinada categoría de empleados.

La valorización del movimiento sindical y la contratación colectiva en periodos históricos como el que estamos viviendo con el expresivo incremento del teletrabajo a raíz de la pandemia del COVID, tiene el poder de traer paz social y seguridad jurídica ya que los propios actores sociales, debidamente representados por sus entidades sindicales, pueden cerrar brechas y superar una legislación obsoleta que no se adecúe al modelo actual de prestación de servicios.

Sin embargo, para que los teletrabajadores estén debidamente representados en estas negociaciones colectivas, es necesario que el encuadramiento sindical observe criterios claros y objetivos en materia de territorialidad, atendiendo el principio constitucional de isonomía y descartando posibilidades de *dumping* social.

Se entiende que el criterio de "**lotação**" utilizado por la Ley 14.442/2022, por tratarse de un acto unilateral del empleador, no es la mejor opción para resolver la cuestión de la clasificación sindical de los teletrabajadores ya que la empresa podrá ubicar al empleado en una rama cuya competencia territorial pertenezca a un sindicato con poca actividad con el fin de evitar la aplicación de convenios colectivos más complejos con derechos diferentes, o incluso para reducir el número de huelgas, debido a la ausencia de un movimiento sindical robusto en esa localidad.

De esta forma se considera que la mejor solución consiste en que se deben aplicar los convenios colectivos estipulados por los sindicatos de la sede patronal, es decir, del lugar donde se dirige la fuerza de trabajo del empleado. La cuestión aún podría resolverse con la aplicación del modelo de pluralidad sindical, dejando a las partes elegir la entidad sindical que mejor los represente.

Bibliografía

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa Do Brasil De 1988. Art. 8º. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. MANUAL DE ORIENTAÇÃO DO eSOCIAL.

Disponible en:

<https://www.gov.br/esocial/pt-br/documentacao-tecnica/manuais/manual-de-orientacao-doesocial-mos-vs-1-0.pdf>.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 1ª Região - Rio de Janeiro - 0011000-54.2014.5.01.0001.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 12ª Região - Santa Catarina - 0000023-

21.2017.5.12.0056.

Benevides, Camilla Martins dos Santos. El encuadramiento sindical del teletrabajador con fundamento en la unidad sindical en Brasil

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 103-118. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —18.

ed.— São Paulo. LTr, 2019.

FREIRE, Gisela da Silva. Universo Sindical e o Teletrabalho *in* A evolução do teletrabalho. Tomo I: Aspectos Jurídicos. Organizadores Fabio Zavanella, Luis Otávio Camargo Pinto, Campinas, SP. Lacier Editora, 2021.

MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho 13. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MARTINHAGO, Ana Carolina. Direito do Trabalho Vinte Anos Depois da Constituição Federal de 1988, Curitiba: Editora Juruá. 2008

OLIVEIRA, Nelson. Teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulação é objeto de controvérsia. Publicado 24/07/2020. Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-napandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Acuerdo sobre el trabajo en casa, 1996 (núm. 177):

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTUMENT_ID:312322

A NECESSIDADE DA PROTEÇÃO JURÍDICA DOS CONSUMIDORES NOS CASOS DE CONCORRÊNCIA DESLEAL POR SIMILARIDADE DE TRADE DRESS DE PRODUTOS DE CONSUMO

*The need for legal protection of consumers in cases of unfair competition due to similarity of trade dress of
consumer products*

Carlos Alberto Martins Junior¹

Instituição Toledo de Ensino – ITE

DOI: <https://doi.org/10.62140/CJ981319738>

Recebido em: 09/12/2022

Aprovado em: 15/01/2023

Sumário: 1. A concorrência desleal e o avanço da confusão no *trade dress* dos produtos; 2. Da concorrência parasitária; 3. Do desrespeito ao consumidor e o dano moral coletivo; 4. Do aumento dos casos nos tribunais pátrios brasileiros; 5. A atuação do Poder Judiciário brasileiro; 6. Considerações Finais.

Resumo: Há muitos anos, o mercado consumerista discute como o direito à livre concorrência, garantido pelo art. 170 da Constituição Federal pátria, pode assegurar aos fabricantes de produtos de consumo a convivência pacífica com os seus concorrentes. A concorrência desleal pela similaridade do *trade dress* de produtos não está estabelecida de forma específica na legislação pátria, o que torna a discussão bem ampla, muitas vezes de forma subjetiva. Por essa razão, o presente trabalho tem como objetivo explorar os dispositivos legais aplicáveis ao tema, indicando como os Tribunais vêm fazendo a análise dos produtos concorrentes, notadamente quanto ao direito de requisição judicial para a

¹ Advogado. Professor da graduação de direito da Instituição Toledo de Ensino - ITE; pós-graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Bauru (ITEBauru).

abstenção da utilização de determinado conjunto-imagem no mercado. Nesse cenário, as decisões judiciais sobre o tema são imprescindíveis para a consolidação dos preceitos jurídicos referentes à matéria em questão, trazendo aos operadores de direito os elementos essenciais para a resolução dos conflitos.

Palavras-chave: Concorrência desleal. *Trade dress*. Conjunto imagem. Percepção visual. Cores. Imitação. Gestalt. Consumidor final. Indenização.

Abstract: The consumer market has been arguing for many years about how the right to free competition, guaranteed by art. 170 of the Constitution of Brazil, can ensure manufacturers of consumer products peaceful coexistence with their competitors. Unfair competition for the similarity of the trade dress of two products is not specifically established in the national legislation, which considerably widens this discussion, often subjectively. For this reason, the present work aims to explore the legal provisions applicable to the subject, indicating how the courts have been analyzing two competing products, notably regarding the right of judicial request to refrain from using a certain "image-set" in the market. In this scenario, judicial decisions play a fundamental role in settling legal parameters on this matter.

Keywords: Unfair competition. Trade dress. Image set. Visual perception. Colors. Imitation. Gestalt. Final costumer. Indemnity.

A Concorrência Desleal e o Avanço da Confusão no TradeDress dos Produtos

O controle judicial da nefasta prática mercadológica da concorrência desleal, cada vez mais presente no cenário das lides judiciais versando sobre uma espécie, em particular, do gênero dos atos ilícitos do Direito Concorrencial no Brasil do século XXI, qual seja, aquela da violação, por similitude, do *trade dress* — expressão da língua inglesa cuja tradução para o português é "conjunto-imagem" (SOARES, 2017, sem página, s/p.).

Trata-se de analisar, do ponto de vista jurídico, o modo como o Poder Legislativo brasileiro pretende colmatar a lacuna da falta de regulação específica e autônoma do instituto, ainda a ser, nestes termos, objeto de positivação em lei, e de analisar, principalmente, o entendimento dos órgãos do Poder Judiciário pátrio ao julgarem casos dessa modalidade de concorrência desleal, mais e mais frequentemente submetidos à apreciação jurisdicional.

Consiste a prática ilícita da violação do *trade dress* no ato anticoncorrencial perpetrado pelo concorrente desleal que, sem licença nem autorização prévias de uso do conjuntoimagem do concorrente bem-sucedido, efetivamente imprime a um produto ou a

um serviço seus uma apresentação típica de um produto ou de um serviço concorrentes que já estejam em circulação no mercado e que, por isso, sejam conhecidos do público que os adquire ou que os contrata.

O conjunto-imagem, também conhecido como *trade dress*, é definido como "a soma de elementos visuais e sensitivos que traduzem uma forma peculiar e suficientemente distintiva [de um produto ou de um serviço], vinculando-se à sua identidade visual, de apresentação do bem no mercado consumidor", conforme ementa de autoria da Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos Autos do Recurso Especial (REsp) n.º 1.778.910.

No Brasil hodierno, porém, inexistente expressa regulamentação autônoma do *trade dress*, incidindo na modalidade de concorrência desleal da violação ao conjunto-imagem, a qual tanto prejuízo pode causar aos detentores dos direitos de propriedade das marcas, os quais, para consolidarem-nas nos ramos de sua atuação, desenvolveram, ao longo de tempo considerável, a imagem da marca, a qual passou a ser, de pronto, identificada como correspondente à apresentação do produto ou serviço sob a titularidade da marca.

Em seus dois primeiros artigos, limita-se a Lei n.º 9.279/1996 a declarar seu objeto, a saber, a regulação, na República Federativa do Brasil, dos direitos e das obrigações em matéria de propriedade industrial (LPI/1996, art. 1º). E, nos cinco incisos da cabeça de seu artigo 2º, prossegue, para apenas declinar os institutos jurídicos ali expressamente contemplados em sua regulação (LPI/1996, art. 2º, *caput* e incs. de I a V). Dentre estes, não está, explícita, a proteção do *trade dress*.

Essa lacuna legislativa enseja interpretações variadas, muitas das quais subjetivas, afetando, assim, o conjunto dos consumidores, o empresariado e o mercado em geral, já que, em muitos casos, os elementos característicos que deveriam ser protegidos pelo *trade dress* da marca são notórios. Por se tratar de um elemento mercadológico passível de reconhecimento, surge o dever do Estado de proteger o empresário.

Por se tratar da parte mais vulnerável nas relações de consumo, surge, também, o dever de proteger o consumidor. Na falta de disposição protetiva expressa do *trade dress*, essa defesa acaba sendo possível apenas por meio da provocação ao Poder Judiciário, para que se pronuncie no caso concreto.

Frise-se que o proceder do concorrente que age com deslealdade para com o concorrente cujo produto ou cujo serviço têm maiores tradição e credibilidade junto ao consumidor visa, justamente, a conferir ao produto ou ao serviço menos prestigiados uma roupagem algo familiar e, por isso mesmo, evocativa daquele produto ou daquele serviço de tradição consolidada no mercado, de maneira a, propositalmente, induzir a erro o consumidor, no momento em que este for adquirir o produto ou contratar o serviço.

Com isso, o concorrente desleal obtém sobre o concorrente uma "vantagem", a qual a Lei (L.) número (n.º) 9.279, de 14 de maio de 1996, ao conceituar, no ordenamento jurídico pátrio, o que seja concorrência desleal, não qualifica com o adjetivo "indevida", embora se trate, efetivamente, de uma "vantagem indevida", só obtida por haver-se ela instaurado no momento mesmo da aquisição do produto ou da contratação do serviço.

Embora a Lei da Propriedade Industrial (LPI), responsável pela positivação do conceito legal de concorrência desleal no ordenamento jurídico pátrio, sequer mencione a palavra "consumidor", as práticas anticoncorrenciais estão entre os abusos a serem coibidos e reprimidos, com máxima eficiência, pelo Estado Brasileiro, consoante preconizado no Código de Defesa do Consumidor (MEDEIROS, 2021, s/p.).

Daí que afete o consumidor a circunstância da escolha enganosa de um produto ou de um serviço, por um outro produto ou serviço, seu similar, de menor tradição, o que decorre de ato anticoncorrencial ilícito, consistente na indução a erro do "consumidor" ou da "pessoa a ele equiparada", graças à adoção, por parte do concorrente desleal, para seu produto ou serviço, de um conjunto-imagem símile ao *trade dress* do produto ou do serviço do concorrente com longa tradição no mercado.

Sabe-se, então, que essa prática de concorrência desleal por emprego de *trade dress* semelhante ao do produto ou ao do serviço ofertados pelo concorrente de mais larga tradição no mercado suscita problemas vários, em mais de uma esfera da vida.

Da Concorrência Parasitária

O "concorrente-carona" ou "concorrente parasita" atua, no mercado, de maneira desleal, com desonestidade, má-fé e parasitismo, nada fazendo em prol de dignificar a boa fama do produto ou a boa reputação do serviço oferecidos, não obstante, ao fim e ao cabo, seja ele quem poderá usufruir de vantagem indevida.

O escopo do infrator é instalar confusão na mente do consumidor, embaralhando-o, para captar a clientela alheia, a custo zero.

O tipo de concorrência parasitária difere das demais modalidades de concorrência desleal, porque, muitas vezes, não advém da prática de atos ostensivos, ou agressivos, mas, sim, de condutas praticadas de maneira quase despercebida, sub-repticiamente. Assim, para falar, novamente, como Marcos Elidius Michelli de Almeida (2004, p. 176), "o objetivo [da concorrência parasitária] é, portanto, [o de] se aproveitar do ser parasitado, retirando [deste] aquilo que interessa, sem, contudo, ter [envidado] qualquer esforço para consegui[-lo]".

Ponto curioso, nesta modalidade de concorrência, é que o infrator não deseja que o concorrente deixe o mercado, mas, sim, o contrário: o concorrente-carona, ou parasitário, visa, justamente, a crescer junto com o concorrente parasitado, deixando os demais concorrentes para trás.

Outro ponto é que, muitas vezes, o concorrente-parasita não visa, propriamente, a copiar, na íntegra, o produto, mas, apenas, alguns dos elementos visuais desse produto de consumo cujo *trade dress* o *free rider* viola, por similitude. Sua intenção real não é, por conseguinte, falsificar o produto original, nem vir a responder por eventual falsificação desse produto original — prática criminosa conhecida, no mercado, como "pirataria".

O objetivo do concorrente desleal é, "apenas", como se isso possível fosse, aproveitar-se das características gerais do conjunto-imagem do produto concorrente, sobretudo em momento imediatamente posterior àquele do lançamento do produto de consumo cujo *trade dress* é violado e/ou, então, em momento concomitante àquele do desenvolvimento de uma forte ação de mercado a tal produto vinculada, para, assim procedendo, alavancar a venda de seu produto, sem gastos com publicidade, que já foi feita por seu concorrente anteriormente.

Ao lançar produto assemelhado àquele amplamente divulgado por outra empresa concorrente, embora vendido pelo concorrente parasitário por um valor menor, o concorrente-carona consegue atingir o público que se entusiasmara com o produto anterior, mas que, muitas vezes, ou não detinha capital, para fazer-lhe a aquisição, ou não tencionava gastar montante tão vultoso, para adquiri-lo.

Nesses casos, o consumidor, ao dar-se conta do engodo a que foi levado, dada a semelhança do conjunto-imagem do produto por ele adquirido ou do serviço por ele

contratado, um ou outro, o produto ou o serviço tendo apresentado a reprodução do *trade dress* do produto ou do serviço de tradição mercadológica consolidada, termina por sentir-se, verdadeiramente, ludibriado.

Do Desrespeito ao Consumidor e o Dano Moral Coletivo

A legislação brasileira admite haver dano moral além da esfera da personalidade do indivíduo, sendo o seu conceito alargado em casos em que haja infração à coletividade e em que se configurem os danos ditos coletivos.

Tal é a noção de transindividualidade, normatizada no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990, art. 81), a qual estabelece que a defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida, também, a título coletivo. Deverá sê-lo, ainda mais no Brasil, país com 29% (vinte e nove por cento) da população constituída de analfabetos funcionais.

Daí, prevalecer a ideia de que também a coletividade possui, em si, sua própria dignidade, a evocar a defesa da dignidade do ente coletivo, em caso de dano moral coletivo, causado pelo fabricante de um produto ou pelo prestador de um serviço que, colocados à disposição do público consumidor, iludam o consumidor.

Esse dano será identificado como a conduta injusta verificada no âmbito de determinada comunidade. Nesse ponto, destacamos que, conforme lição de Diogo Leonardo Machado de Melo (2006, p. 99), a função punitiva da reparação dos danos morais no Brasil vem encontrando um número majorado de adeptos, pois a reparação do dano não deve apenas atenuar o sofrimento injusto, mas também deve fazer com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento, servindo esta punição de exemplo para toda a sociedade. Diz-se então que a reparação dos danos morais, além de ter cunho compensatório (confortando a vítima), teria também um caráter punitivo, com o estabelecimento de uma penalidade exemplar.

Há, pois, embasamento legal para a condenação de um concorrente ao pagamento de danos morais coletivos, pela prática, por ele, de concorrência desleal, em virtude de violação, por similitude, do *trade dress* de um concorrente. Há, também, que se aferir objetivamente o dano da própria coisa (*in re ipsa*), configurado não como mero aborrecimento ou transtorno, mas, como gravosa, concreta e majorada ofensa à comunidade. Sem que se evidencie essa ofensa concreta, não se haverá de falar em dano coletivo reparável.

Nesse ponto, Diogo Leonardo Machado de Melo (2006, p. 116) traz a possibilidade de se destinar parte da indenização (concedida a título de punição) para entidades de fins sociais ou beneficentes, aplicando-se analogicamente a proposta estatuída no art. 883, parágrafo único do Código Civil.

Esta proposta parece tentar compatibilizar a discussão acerca da possibilidade de danos morais e caráter punitivo para a própria vítima, o que, segundo alguns autores, poderia acarretar em enriquecimento sem causa da vítima, já que a pena pecuniária seria fixada em valor maior ao dano efetivamente provocado.

Com isso, para que o desequilíbrio social não seja acentuado e para que a sociedade tenha uma resposta efetiva a uma ofensa à dignidade, defende-se que o montante da pena pecuniária que ultrapassar o valor do dano provocado seja destinado em benefício para a própria sociedade.

Do Aumento dos Casos nos Tribunais Pátrios Brasileiros

Deveras, destaca-se que no início dos anos de 1990, o aumento dos casos de violação ao conjunto-imagem do concorrente, com a adoção, pelo congêneres que aja com deslealdade, da roupagem ou da apresentação semelhantes àquelas do produto ou do serviço mais tradicionais, trouxe visibilidade ao problema da falta de regulação legal suficiente do instituto e, por isso, da desproteção jurídica do *trade dress* no Brasil, fazendo com que tal assunto despontasse como tema merecedor de ser tratado na doutrina, apreciado na jurisprudência e discutido na academia.

Verificou-se, efetivamente, um aumento progressivo dos litígios judiciais a envolverem a questão, no território brasileiro — âmbito geográfico abarcado pela jurisdição pátria, ponto focal desta dissertação.

Embora a preocupação genérica com o estudo do tema no Direito exista, desde, ao menos, a Roma Antiga e, por isso mesmo, seja assunto de há muito presente nas discussões travadas entre os especialistas do Direito Privado, do Direito Comercial e, em particular, do Direito da Concorrência, foi só depois da segunda metade dos anos 90 (1996-2000) do século passado (1901-2000).

Desde 5 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante, Constituição Federal, CF/1988) prevê, entre os direitos e garantias

fundamentais expressos no artigo 5º, a proteção, no inciso XXIX, à propriedade das marcas de indústria e de comércio (CF/1998, art. 5º, inc. XXIX).

Em 14 de maio de 1996, adveio regramento infraconstitucional da proteção à marca, positivada na primeira parte da cabeça do artigo 129 da Lei n.º 9.279/1996, cujo teor conferiu exclusividade de uso a quem obtiver registro de marca junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (LPI/1996, art. 129, *caput, ab initio*). Ademais, pelo princípio da territorialidade, a proteção garantida à marca estende-se por todo o território nacional (LPI/1996, art. 129, *caput, in fine*).

Ao titular da marca é assegurado, portanto, o direito de zelar pela integridade material e pela reputação da marca (LPI/1996, art. 130, inc. III), cuja proteção abrange o uso da marca em papéis, impressos, anúncios publicitários e documentos relativos à sua atividade (LPI/1996, art. 131).

A concorrência desleal, assim, é caracterizada justamente pela introdução, no mercado, de uma marca idêntica ou muito semelhante à marca precedentemente introduzida no mercado, causando confusão no público consumidor, o qual pode acabar por adquirir os serviços e os produtos de uma, imaginando tratar-se da outra.

Logo, o julgamento do consumidor é o parâmetro para o deslinde das questões referentes à matéria.

O que se vê é que, com o tempo, as empresas alteraram o modo de operar a concorrência desleal e passaram a praticá-la, por meio da cópia do conjunto-imagem adotado nos produtos já existentes e bem-sucedidos no mercado. Assim, as empresas não mais visavam às marcas, mas, sim, aos sinais distintivos do produto.

Referida prática da concorrência desleal enseja ao prejudicado a possibilidade de socorrer-se do Poder Judiciário ou de fazer uso da mediação ou da arbitragem, requerendo fosse dada ordem judicial de abstenção da prática de concorrência desleal e adviesse condenação judicial à reparação integral dos danos causados, em benefício tanto do próprio ofendido, quanto, se houver, dos consumidores mesmos que tenham sido lesados em decorrência do ilícito praticado.

A Atuação do Poder Judiciário Brasileiro

Para a elaboração do presente artigo, analisou-se onze² decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo sobre o tema e, do exame de cada argumento a escudar as

respectivas fundamentações jurisprudenciais, resulta que, apesar do cenário de alto grau de complexidade desses casos concretos julgados, verifica-se a formação de uma linha uníssona de entendimento jurisprudencial no tocante à matéria.

² Apelação Cível n.º 1001489-31.2018.8.26.0291; Apelação Cível n.º 1090308-66.2017.8.26.0100; Apelação Cível n.º 1062421-73.2018.8.26.0100; Apelação Cível n.º 1013687-71.2019.8.26.0451; Apelação Cível n.º 1005474-

38.2018.8.26.0281; Apelação Cível n.º 1004888-90.2018.8.26.0510;

Apelação Cível n.º 1114126-

18.2015.8.26.0100; Apelação Cível n.º 1043739-02.2020.8.26.0100;

Apelação Cível n.º 1024448-

89.2015.8.26.0100; Apelação Cível n.º 0000665-43.2018.8.26.0565;

e Apelação Cível n.º 102376581.2017.8.26.0100

Da leitura de cada ponto argumentativo dessas fundamentações jurisprudenciais relacionadas, buscou-se, por meio das figuras comparativas dos produtos sobre os quais litigavam as partes, dar maior concretude, bem assim evidenciar o grau de dificuldade enfrentada pelo magistrado que se debruçara sobre o caso.

O que parece semelhante para alguém poderá não sê-lo, tanto assim, aos olhos de outrem, o que obriga a que o exame dos objetos comparados se faça minudentemente, considerando todos os pontos controvertidos da demanda, para evitar-se o cometimento de injustiça.

Não se pode olvidar que, nos últimos anos, os bens incorpóreos vêm sendo responsáveis por um apelo, cada vez maior, junto ao público consumidor, principalmente se o produto comercializado é negociado em plataforma digital.

Diante disso, é certo que o Estado impôs algumas restrições às atividades dos concorrentes nessas plataformas, tentando fazer com que eles mantenham a lealdade empresarial. Todavia, nem sempre esses limites são respeitados, levando a situações em que se configura a prática da concorrência desleal.

A ausência de determinação legal mais específica leva ao ajuizamento das questões, já que o Judiciário é chamado a manifestar-se, para pacificar a questão e, assim, restaurar o ambiente comercial de honestidade, dos bons costumes e da boa-fé. Sobre esse ponto,

precisamente, viu-se, acima, o grau de dificuldade apresentado aos julgadores por alguns dos casos concretos levados a juízo.

Tal assim o é, primeiramente, porque a base do exame para o magistrado decidir se embalagens de produtos concorrentes são idênticas, ou apenas parecidas, ou se são capazes de induzir a erro o consumidor, é a impressão do conjunto-imagem, à qual se chega, depois de feita leve vistoria ocular, para a qual se deve considerar a não infrequente desatenção do consumidor. Nem sempre é possível ao julgador identificar esse potencial cenário que propicie a confusão, ensejando, aí, a produção de prova técnica pericial.

Na contramão dessa situação de parcimônia, existem casos, porém, em que a urgência na concessão de determinada tutela se mostra necessária, já que o processo não pode ser um fardo temporal arrastado pelas partes, notadamente por concorrentes idôneos que se deparem com reiterada prática anticoncorrencial do cometimento de ato(s) ilícito(s) que lhes possa(m) trazer danos sérios — por vezes, irreparáveis. Como mensurar esses dois cenários, de modo a fazer a justiça nesses casos?

De um lado, há impossibilidade de se atestar, com exatidão, a confusão entre dois produtos, aos olhos do consumidor; de outro, está a necessidade de concessão de uma medida liminar para o concorrente que, se aguardar pela reparação dos danos ao final do processo, muitas vezes poderá não obter os efeitos justos com que conta, principalmente se seu produto não conseguir sobreviver até lá.

Nesse tipo de demanda judicial, os julgadores têm uma responsabilidade maior, dada o alto grau de subjetividade existente no tipo de análise necessária, em dificuldade agravada pela falta de uma legislação cabal sobre o tema, que, de maneira segura, pudesse nortear os magistrados.

De qualquer forma, independente desse cenário, constata-se que as decisões analisadas alinham-se, entre si, com coerência, assegurando, assim, maior segurança jurídica aos concorrentes em atuação no País, no sentido de que, em que pese não haja sido colmatada a lacuna legal e siga, por ora, incompleta, a legislação concorrencial pátria, os magistrados brasileiros estão aptos a julgar, com segurança jurídica, os casos concretos que lhes são distribuídos para apreciação e julgamento.

Considerações Finais

A legislação brasileira protetiva das marcas e patentes existe, é longa, rígida, e vem sendo aplicada pelo Judiciário brasileiro. Entretanto, inexistente legislação privativa a regular o instituto jurídico do conjunto-imagem, ou "*trade dress*", o qual necessita de regulação legislativa privativa, isto é, exclusiva, específica e autônoma.

A novidade do tema reside na proteção necessária ao *trade dress* (conjunto-imagem) dos produtos, a qual, embora não esteja expressamente prevista na legislação brasileira, já é reconhecida pela jurisprudência nacional. Dada a ausência de expressa previsão legal protetiva, os Tribunais brasileiros desenvolveram mecanismos a fim de, assim, impedirem a proliferação da concorrência parasitária.

A criação desses mecanismos advém da análise e do estudo aprofundados dos casos concretos, bem como, da aplicação a estes, dos princípios gerais de direito, devendo o magistrado, inicialmente, apenas confirmar, antes de passar a aplicá-los, se os produtos supostamente colidentes exploram o mesmo nicho mercadológico.

Caracterizada a semelhança entre os conjuntos-imagens dos produtos litigantes, o magistrado deverá, então, aplicar as penalidades ao contraventor, o que normalmente se dá pela determinação da imediata abstenção de uso daqueles elementos e pela reparação dos danos causados à concorrente prejudicada.

A questão extrapola, entretanto, a alçada do Judiciário, para bater às portas do Legislativo, o qual deverá regular o *trade dress*, definindo-o expressamente em lei, bem como, positivando o direito à proteção jurídica sobre o conjunto-imagem do produto ou do serviço que forem objeto de concorrência desleal por parasitismo. Esse tratamento regulatório legal do instituto ajudaria a diminuir a prática da concorrência parasitária e a trazer maior segurança aos investimentos realizados em nosso país.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, M. E.M. de. **Abuso de direito e concorrência desleal**. 1.ed. São Paulo (SP): *Quartier Latin*, 2004, 224p.

BARBOSA, C.R. **Propriedade Intelectual: introdução à Propriedade Intelectual como informação**. 1.ed. Rio de Janeiro (RJ): *Elsevier*, 2009, 227p.

BITTAR, C.A. (1939-1997). **Teoria e prática da concorrência desleal**. São Paulo (SP): Saraiva, 1989, 102p.

Martins Junior, Carlos Alberto. A necessidade da proteção jurídica dos consumidores nos casos de concorrência desleal por similaridade de trade dress de produtos de consumo
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 11-130. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

CERQUEIRA, J.G. (1897-?). **Tratado da propriedade industrial:** das marcas de fábrica e de comércio, do nome comercial, das insígnias, das frases de propaganda e das recompensas industriais, da concorrência desleal. 3.ed., 2.tir. (Atualização) Newton Silveira; Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro (RJ): Instituto Brasileiro do Direito de Propriedade Intelectual / *Lumen Juris*, 2010, v. 2, t. 2, 354p.

COELHO, F.U. **Novo Manual de Direito Comercial.** 30.ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2018, 459p.

GRAU, E.R. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 19.ed., rev. e atual. São Paulo (SP): Malheiros, 2018, 382p.

MELO, D.L.M... A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – artigo 883, parágrafo único do Código Civil). Série Grandes Temas de Direito Privado, v. 5. São Paulo (SP): Ed. Método, 2006.

REQUIÃO, R. (1918-1997). **Curso de Direito Comercial.** 17.ed. São Paulo (SP): Saraiva, 1995, v. 1, s/p.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial.** 1.ed. São Paulo (SP): Malheiros, 2013, 632p.

SCHMIDT, L.D. **Tratado de Direito Comercial.** (Coordenação) Fábio Ulhoa Coelho. São Paulo (SP): Saraiva, 2015, v. 6, pp. 269-270.

SOARES, J.C.T. **Concorrência desleal vs. tradedresse/ou conjunto-imagem.** São Paulo (SP): Editora Tinoco Soares, 2004, 368p.

O SALÁRIO MÍNIMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

The Minimum Wage and the Dignity of the Human Person

Cayê Alves Costa¹

Faculdade de Direito de Franca

cayealves@icloud.com

Cildo Giolo Júnior²

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal)

drcildo@gmail.com

DOI: <https://doi.org//10.62140/CCCJ659033426>

Recebido em: 30/11/2022

Aprovado em: 14/12/2022

Sumário: 1. Introdução; 2. A Dignidade da Pessoa Humana; 2.1. A dignidade da pessoa humana e a Constituição Federal de 1988; 3. Salário Mínimo; 4. Inconstitucionalidade do Salário Mínimo; 5. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar, discutir e avaliar, a luz da legislação e literatura, o salário mínimo e a dignidade da pessoa humana. O foco do trabalho

¹ Graduando em Direito na Faculdade de Direito de Franca. (Primeiranista).

² Pós-Doutor em Direitos Humanos pelo "Ius Gentium Conimbrigae" (IGC/CDH) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos, Santos - São Paulo (Brasil). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA, Buenos Aires - Capital Federal (Argentina). Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca. Especialista em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Franca. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Professor Titular das cadeiras de Direito Civil na Faculdade de Direito de Franca e de Direito Processual Civil na Universidade do Estado de Minas Gerais, tendo sido admitido em ambas por concursos públicos de provas e títulos. Docente e Advogado. Avaliador do MEC/INEP para os Cursos de Direito.

é mostrar se o salário mínimo é constitucional, se ela vem atendendo a todas as necessidades vitais do trabalhador e sua família. Faz-se um estudo sobre a dignidade da pessoa humana, que foi inserida na Constituição, e constitui um dos pilares para a criação das demais leis. Faz-se um estudo também sobre o salário mínimo, como surgiu, e o que diz o artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal. A inconstitucionalidade do salário pode se dar pelo fato de mesmo não conseguir cumprir com o objetivo da lei, que é garantir o básico, como moradia, alimentação, lazer, estudo, entre outros direitos. Uma pesquisa apresentada no artigo, mostrara qual seria o salário ideal atualmente para manter a dignidade das pessoas.

Para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou de pesquisas bibliográficas.

Palavra-chave: Dignidade; Salário Mínimo; Inconstitucionalidade.

Abstract: This article aims to present, discuss and evaluate, in the light of legislation and literature, the minimum wage and the dignity of the human person. The focus of the work is to show if the minimum wage is constitutional, if it has been meeting all the vital needs of the worker and his family. A study is made on the dignity of the human person, which was included in the Constitution, and constitutes one of the pillars for the creation of other laws. A study is made on the minimum wage, the article 7 show how it came about, and what, in the item IV, of the Federal Constitution says. The unconstitutionality of the salary can be because it fails to comply with the objective of the law, which is to guarantee the basics, such as housing, food, leisure, study, among other rights. Research presented in the article will show what would be the ideal salary today to maintain people's dignity. For the development of this work used bibliographic research.

Keyword: Dignity; Minimum wage; Unconstitutionality.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988, é nossa lei maior, todas as outras leis a tem como base, seus princípios são estruturais. A não observância, total ou parcial da Constituição, torna as outras leis inconstitucionais.

A dignidade da pessoa humana está no rol de princípios fundamentais da

Constituição, prevista no artigo 1º, inciso III. Portanto todas as outras leis têm que ter como fundamento de origem os princípios constitucionais, sendo assim, a dignidade da pessoa humana deve ser respeitada.

O salário mínimo também está previsto na Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso IV, que além de garantir o salário para o trabalhador, também evidencia que esse salário possa manter uma vida digna para o trabalhador e sua família, mantendo dessa forma as suas necessidades vitais básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência.

A manutenção e atualização do salário mínimo significa a aplicação do princípio dignidade humana, e o Estado tem o dever de criar meios para que isso aconteça. Porém, não é o que observamos na atual realidade.

Trabalhadores que recebem um salário, ou um pouco mais que isso encontra dificuldades para tratar de suas famílias, a realidade não condiz com aquilo que a lei prevê.

O objetivo do artigo é mostrar um pouco sobre a dignidade humana e o salário mínimo, analisando por fim se realmente o Estado cumpre seu dever, se o salário mínimo é inconstitucional por não cumprir com o que a norma prevê.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do trabalho foi o método dedutivobibliográfico. Os processos metodológicos serão o histórico, dogmático e analítico sintético.

2. A Dignidade da Pessoa Humana

Na Grécia Antiga já é possível perceber que a dignidade da pessoa já fazia parte do contexto humano, não de forma direta, pois naquela época não se tinha noção ainda sobre dignidade da pessoa. E é exatamente desse contexto que surge a ideia de dignidade. Nesse sentido, na visão de Sarlet:³

Embora os gregos não trabalhem diretamente a noção de dignidade da pessoa humana, considerando sua grande influência na civilização ocidental, temos que a análise de seu pensamento se justifica. De modo geral, o pensamento grego procura construir uma ideia de homem com validade universal e normativa. Esta reflexão filosófica sobre o homem acaba, portanto, sendo o primeiro passo para a construção da noção de dignidade humana, pois é no contexto humano que a ideia de sua dignidade é desenvolvida.

³ LEITE, M.F.E. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão – possível colisão e determinados aspectos práticos**. 2010. F. 86. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2010. P. 25.

Os gregos destacavam a racionalização e o agir das pessoas, excluindo qualquer explicação mitológica. No Cristianismo o homem é considerado a imagem e semelhança de Deus, portanto todos são iguais, seguindo assim os pensamentos do Papa São Leão Magno, que acreditava que todos os seres humanos tinham dignidade pois Deus os criou a sua imagem e semelhança.⁴

O primeiro a se referir ao termo dignidade foi São Tomás de Aquino, filósofo, para ele:⁵

(...) a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente a natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade.

Para Aquino, a dignidade é inerente ao ser humano.

O reconhecimento da dignidade humana passou por um processo histórico lento, e evoluiu conforme a sociedade evoluía. Nesse processo histórico tiveram que enfrentar o totalitarismo na Alemanha e Itália, que foram experiências muito negativas. O mundo vem: *“gradualmente admitindo na pessoa humana o centro e a razão de ser da própria vida, e, por esta razão, a vida de todos deve ser digna.”*⁶

Na idade moderna, o ser humano já era tratado como um ser racional livre e independente, podendo comandar seu destino. Com o Cristianismo as ideias de igualdade entre os homens ganharam força, e o ser humano passou a ser tido como pessoa humana, todos com os mesmos direitos.

Pelo simples fato de um indivíduo já fazer parte do gênero humano, já possui dignidade. Então pode-se dizer que a dignidade é uma qualidade daquele que é digno, superior, que merece respeito e consideração. Por todos os indivíduos ser da mesma

⁴ LEITE, M.F.E. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão – possível colisão e determinados aspectos práticos**. 2010. F. 86. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2010. P. 26.

⁵ Idem. P.26.

⁶ SOUZA, G.M. **O princípio da dignidade humana e sua relação com a liberdade e a integridade**. 2007. F. 77. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2007. P. 24.

natureza, já são todos iguais e merecem todo respeito e viver de forma digna. Desta forma, a dignidade da pessoa humana não tem valor, não podendo ser substituída por nada.

Luiz Antonio Rizzato Nunes assevera que a dignidade nasce com cada pessoa: “*É-lhe inata, e inerente à sua essência.*” E ainda acrescenta:⁷

que a pessoa humana já nasce com integridade física e psíquica, mas que com o seu desenvolvimento aspectos de sua personalidade têm de ser respeitados, tais como o seu pensamento, suas ações e seu comportamento, e isso implica no respeito à sua liberdade, imagem, intimidade e consciência (religiosa, espiritual, científica).

A dignidade da pessoa humana significa respeito ao ser humano em todos os sentidos e em todas as suas necessidades.

2.1 A Dignidade da Pessoa Humana e a Constituição Federal de 1988

A dignidade da pessoa humana encontra-se expressa na Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III: “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: III - a dignidade da pessoa humana;”⁸

Ao inserir a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental na Constituição, fica claro que o legislador pretendeu delegar que o Estado de condições para proporcionar condições dignas a todos. No mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos, deixa claro que o que se indica: “*é que um dos fins do Estado propiciar as condições para que as pessoas se tornem dignas.*”⁹

Há outros dispositivos na Constituição que frisam a importância desse fundamento, tais como artigo 170, que versa: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

⁷ SOUZA, Gilberto Manoel de. **O princípio da dignidade humana e sua relação com a liberdade e a integridade.** 2007. F. 77. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2007. P. 24.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jul. 2022.

⁹ SOUZA, Gilberto Manoel de. **O princípio da dignidade humana e sua relação com a liberdade e a integridade.** 2007. F. 77. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2007. P. 31.

humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existências digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:¹⁰

Sobre o artigo 170, Bulos assevera:¹¹

Dizer que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho do homem e na livre iniciativa significa: (...) a intervenção do Estado na economia deve atentar para a dignidade da pessoa humana, fundamento não só da ordem econômica, mas da República Federativa do Brasil como um todo.

O artigo 227, é uma norma que consagra a defesa da criança e do adolescente, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, garantindo o básico para se ter uma vida digna:¹²

Art. 227. 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.

Outro artigo que garante a dignidade, agora dos idosos, é o 230, que versa: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”¹³

Como é possível observar, a dignidade da pessoa humana é um fundamento do Estado Democrático de Direito, uma vez que todas as garantias e os direitos fazem parte dos princípios fundamentais. Nesse sentido Sarlet:¹⁴

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jul. 2022.

¹¹ LEITE, M.F.E. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão – possível colisão e determinados aspectos práticos**. 2010. F. 86. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2010. P.28.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jul. 2022.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jul. 2022.

¹⁴ LEITE, M.F.E. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão – possível colisão e determinados aspectos práticos**. 2010. F. 86. Monografia como requisito parcial à obtenção do

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Para que a dignidade seja válida para todos de forma igual, cabe ao Estado ofertar todas as chances para que todos tenham as mesmas oportunidades.

O salário mínimo é um direito constitucional elencado no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal (Direitos Sociais).

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;¹⁵

Como toda norma regida na Constituição tem como base seus princípios fundamentais, o salário mínimo não fica de fora. O próprio artigo 7, inciso IV, deixa claro que o salário mínimo deve atender as necessidades vitais do trabalhador, sendo suficiente para manter moradia, alimentação, educação, saúde, entre outros.

Como já foi dito o Estado tem que ter capacidade de prover o mínimo de dignidade existencial para a sobrevivência das pessoas. E dentro desse conceito encontra-se o salário mínimo, pois quando uma pessoa trabalha por um valor miserável, não tem como viver com dignidade.

O único jeito da pessoa manter a sua subsistência e de sua família é trabalhando, somente esse ganho vai permitir que vivam com dignidade e que tenham o mínimo necessário.

grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2010. P.30.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jul. 2022.

3. Salário Mínimo

O salário mínimo surgiu em meados do século XIX, na Nova Zelândia e Austrália. O valor poderia ser estabelecido mensalmente, semanalmente ou por horas trabalhadas. O salário mínimo surgiu para tentar diminuir a desigualdade social, somado com o poder de compra dos indivíduos assalariados. “Tal valor se originou nesses países por se tornarem destino de muitos operários que buscavam melhores condições de trabalho e brigaram na justiça pelo direito de não serem explorados.”¹⁶

O assunto só entrou em pauta como importante ao redor do mundo em 1900, se estabeleceu na Inglaterra em 1909, na França em 1915 e na Áustria e Noruega em 1918. Em 1912 o salário mínimo surgiu nos Estados Unidos, sendo reconhecido em 1938, devido a grande depressão que se assolava no país, e ainda devido as reivindicações dos trabalhadores.

No Brasil as discussões acerca do salário mínimo se iniciaram em 1930, na época de Getúlio Vargas, onde o país já encaminhava uma grande política de industrialização. A mão de obra imigrante foi substituída pela nacional, as pessoas migravam das fazendas para as cidades em busca de oportunidade, uma vez que o café estava em baixa nessa época. A produção de energia elétrica aumentou diante da situação, e dessa forma precisavam de mão de obra. Foi criada uma nova Constituição de 1937, que versava sobre diversas leis trabalhistas, como férias, descanso e salário mínimo.

Com todos esses novos formatos de leis, foi possível consolidar a Condições das Leis de Trabalho (CLT), e em de maio de 1940, Getúlio Vargas promulgou uma lei que estabelecia valores a serem pagos aos trabalhadores. A data 01 de maio não foi escolhida por acaso, e de tão importante se tornou até feriado:¹⁷

A escolha da data em primeiro de maio de 1940 foi tão importante que se tornou feriado nacional, uma vez que foi estrategicamente escolhida por Getúlio Vargas, dado que nos Estados Unidos, tal data já era sinônimo de luta com relação aos direitos trabalhistas, pois, nesse dia, no ano de 1886, trabalhadores estadunidenses se reuniram em uma grande greve, mobilizando quase 300 mil pessoas que reivindicavam por melhores condições trabalhistas. Na mesma data, em 1889, uma grande manifestação foi organizada, na França,

¹⁶ DALCENO, J.N.A. SILVA, L.L. SANTOS, M.H. **Salário mínimo ideal para 2021**. 2021. F. 26. Trabalho de conclusão de curso. Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, 2021. P. 4 e 5.

¹⁷ DALCENO, J.N.A. SILVA, L.L. SANTOS, M.H. **Salário mínimo ideal para 2021**. 2021. F. 26. Trabalho de conclusão de curso. Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, 2021. P. 6

em homenagem a esses militantes, fazendo com que essa data fosse marcada como uma grande luta com relação ao direito dos trabalhadores.

Nos dias atuais podemos definir salário como:¹⁸

Podemos definir salário, nesse quadro, como a contraprestação elementar, de natureza pecuniária, dado ao empregado pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho. O salário corresponde a toda prestação pecuniária, em dinheiro cujo valor nele se possa exprimir, devido ao empregado pelo empregador, relativa à retribuição do trabalho prestado ou simplesmente à sua condição de empregado. É o conjunto de pagamentos feitos pelo empregador ao empregado, em decorrência do contrato de trabalho, seja como contraprestação do serviço, seja em razão da disponibilidade do trabalhador, das interrupções contratuais ou por força de lei.

O salário mínimo consta na Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso IV:¹⁹

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

O salário mínimo é devido em troca do serviço prestado, apesar disso, o seu valor ainda é ponto de muita discussão, e não há um parâmetro para se fixar esse valor. As profissões mais renomadas geralmente serão aquelas mais bem remuneradas, por exemplo um médico geralmente vai receber um salário para se manter uma vida digna bem como de sua família, enquanto um trabalhador da limpeza provavelmente irá receber no mínimo um salário.

O salário mínimo nada mais é do que o mínimo que a pessoa poderá receber como pagamento pelo seu serviço, é o mínimo pra se conseguir viver com dignidade, se o

¹⁸ BORGUETTI, A.A.C.. **O salário-mínimo como garantidor da dignidade humana: você viveria?** 2010. F.84. Trabalho de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Marília, 2010. P. 26.

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 26 jul. 2022.

trabalhador recebe menos que um salário, certamente passará dificuldades e não se alcançara a dignidade.

O que se percebe é que o salário mínimo deveria atender a todas as necessidades do trabalhador e de sua família, como estipula a lei, porém, o seu valor nem sempre consegue esse objetivo.

Conforme DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos):²⁰

Após a criação do salário mínimo, há um primeiro processo de distanciamento entre a evolução do seu poder de compra e do PIB per capita. Esse processo é interrompido no início da década de 50, quando o mínimo passa a crescer em níveis próximos aos do PIB per capita. A partir de 1964, a política deliberada de arrocho dos salários faz com que haja um contínuo afastamento de suas trajetórias, uma das causas da desastrosa distribuição de renda atual do país.

De acordo com o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos), há uma diferença entre salário mínimo real e salário mínimo necessário.

O necessário é aquele que a pessoa deveria receber para garantir uma vida digna para sua família, enquanto o real é aquele que as pessoas recebem atualmente.²¹

Delgado ressalta:²²

Deve-se ressaltar, porém, que a proteção estruturada pela ordem jurídica não se estendeu, contudo, ainda, à ideia de suficiência real do salário percebido pelo obreiro. É que a noção de suficiência tradicionalmente acatada no Direito brasileiro é quase que meramente formal. A doutrina e jurisprudência dominantes, contudo, têm compreendido que semelhantes regras (inclusive a constitucional vigente) jamais ensejaram direito subjetivo ao empregado no sentido de ver, efetivamente, seu salário mínimo garantindo-lhe o atendimento àquelas necessidades básicas. Noutras palavras, entre as garantias fixadas pela

²⁰ BORGUETTI, Aline Aparecida Caivano. **O salário-mínimo como garantidor da dignidade humana: você viveria?** 2010. F.84. Trabalho de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Marília, 2010. P. 29.

²¹ Idem. P. 30

²² Idem. P. 30.

ordem jurídica brasileira não se entende haver, ainda, segundo a visão interpretativa até hoje dominante, a garantia da real suficiência do salário.

É nítido que o Estado deixa a desejar quanto ao valor do salário mínimo que deve cobrir todas as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, inclusive lhe proporcionando um momento de lazer.

Uns vivem com salários exorbitantes, quase a minoria, a maioria tem que se virar com um salário mínimo.

Lagoa defende que:²³

O salário mínimo vem sendo corroído pelo custo de vida desde 1963, quando já era inferior ao de 1959, segundo dados da Fundação Getúlio Vargas. O fenômeno mais grave nesse período foi o aumento da proporção entre salário mínimo/ração essencial e o aumento da mortalidade infantil. Quanto mais cresceu a parte do salário destinada à ração essencial, menos sobrou para as outras necessidades do trabalhador. [...] Mesmo quando isso é possível, 31 porém, não quer dizer que o trabalhador more direito, numa casa de alvenaria, limpa, com saneamento básico, instalações de serviços públicos, nem que seus filhos freqüentem escolas, possam comprar material escolar; que suas mulheres, quando grávidas, tenham alimentação garantida e parto assegurado em condições satisfatórias. [...] Esse mínimo, portanto, é muito discutível. Na verdade, ele parece ocultar uma teoria de que basta pôr um pouco de comida na boca do trabalhador para que ele funcione como mão de obra. Mas que mão de obra é essa? Gente mal alimentada e que leva uma subvida não pode sequer trabalhar direito.

[...] Quem define o que é básico para o trabalhador sobreviver? Quem escolhe a sua carga de trabalho? Quem determina se ele serve ou não aos interesses do capital? Quem decide que é hora dele ir para a rua, selando o destino de sua família, de seus filhos? No Brasil a vida humana continua valendo pouco.

4. Inconstitucionalidade do Salário Mínimo

Como visto, a Constituição Federal colocou a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental. Da mesma forma que colocou como dever do Estado manter as pessoas em condições dignas. O salário mínimo garantido por lei é uma das formas dos trabalhadores

²³ BORGUETTI, A.A.C. **O salário-mínimo como garantidor da dignidade humana: você viveria?** 2010. F.84. Trabalho de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Marília, 2010. P. 30 e 31.

viverem com dignidade, de modo que possam manter moradia, alimentação, estudos, lazer, e todas as suas necessidades e de sua família.

A Constituição não permite que não se cumpra o princípio da dignidade humana, tentando sanar dessa forma as desigualdades sociais.

Bem se sabe que a Constituição Federal é a base para todas as outras Leis existentes no Brasil. Sobre a inconstitucionalidade: “o simples descumprimento de um preceito fundamental disposto na Constituição caracteriza-se como uma forma de inconstitucionalidade, porque ofende a parte que se refere aos direitos fundamentais”²⁴

Em 1988 com a promulgação da Constituição surgiu uma nova modalidade de inconstitucionalidade, chamada de Inconstitucionalidade por omissão, dessa forma a inércia do Poder Público também pode ser uma violação da Constituição.

Canotillho esclarece que não é qualquer omissão do Estado que caracteriza a inconstitucionalidade, dessa forma:²⁵

O conceito de omissão legislativa não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples 'não fazer', a um simples 'conceito de negação'. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que, de forma concreta, se estava constitucionalmente obrigado. A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo de relevante, deve conexionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão inconstitucional.

Percebe-se que a inércia do Estado é uma soma da omissão e o silêncio legislativo.

Vale lembrar que: “A inconstitucionalidade por omissão pode ser total ou parcial. A omissão total diz respeito ao não cumprimento do dever constitucional, enquanto a parcial refere-se ao cumprimento parcial de um dever constitucional”²⁶

No artigo 7º, inciso IV, da Constituição é possível perceber que ocorre a inconstitucionalidade parcial, ou seja, o Estado garante o salário mínimo conforme

²⁴ VIEIRA, P.V.S. **Salário mínimo brasileiro. O art. 7º, IV da Constituição de 1988 sob a égide do controle concentrado de constitucionalidade.** 2015. F. 25. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Tiradentes – UNIT. Aracaju, 2015. P. 14.

²⁵ VIEIRA, P.V.S.. **Salário mínimo brasileiro. O art. 7º, IV da Constituição de 1988 sob a égide do controle concentrado de constitucionalidade.** 2015. F. 25. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Tiradentes – UNIT. Aracaju, 2015. P. 15. ²⁶ Idem. P.15.

estipulado na Lei, porém, não consegue atender as necessidades vitais básicas dos trabalhadores e suas famílias.

Quanto a sua formação e seus requisitos, a lei do salário mínimo não encontra nenhuma irregularidade capaz de a tornar inconstitucional, mas o seu conteúdo, sua substância, se está de acordo com os princípios previstos na Constituição.

Ao se falar que o salário mínimo é inconstitucional significa dizer que atualmente ele não atende as necessidades básicas vigentes em Lei. O salário mínimo atual não atende as necessidades básicas, fazendo com que as pessoas passem dificuldades. Visto que o salário não dá nem para o necessário, significa que não atende a todas as prerrogativas previstas na Constituição, portanto, não cumpre com os fundamentos e princípios.

Falando em salário mínimo nominal (atual) e necessário (o valor real para arcar com todas as necessidades e viver com dignidade), é possível observar em uma pesquisa realizada pela DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos), que os valores atuais estão bem longe de conseguir dar uma vida digna aos trabalhadores e suas famílias.

A tabela divulgada pela DIEESE, mostra o salário mínimo nominal de 2022, comparando com o salário mínimo necessário. De janeiro a junho de 2022 o salário mínimo era de R\$ 1.212,00. Em janeiro o salário mínimo necessário seria de R\$ 5.997,14; em fevereiro de R\$ 6.012,18; em março de R\$ 6.394,76; em abril de 6.754,33; em maio de R\$ 6.535,40 e em junho o valor do salário mínimo necessário seria de R\$ 6.527,67.

A análise dos dados foi feita através dos preços das cestas básicas, em Florianópolis, que estava custando em torno de 600 reais. O preço da cesta básica equivale a quase 60% do salário mínimo atual, o que não daria para manter uma família com todo o restante das necessidades básicas.

O que se percebe hoje no Brasil, é que aquelas pessoas que recebem pouco menos que um salário mínimo, ou exatamente um salário não conseguem manter todas as necessidades, umas deixam de pagar algumas contas, para poder bancar o básico, o brasileiro com menor renda está tendo que optar se gasta com comida, com a força, com remédios ou com lazer. Dessa forma nota-se que o previsto na Constituição não está sendo cumprido, princípios fundamentais nesse caso estão sendo violados, uma vez que as pessoas não conseguem viver com dignidade.

5. Considerações Finais

Com base no que foi exposto no artigo, nota-se que o salário mínimo, previsto no artigo 7º, inciso IV, que visa garantir uma vida digna para o trabalhador e sua família, não garante, pelo menos nos últimos anos, o sustento e dignidade das famílias.

Ainda de acordo com o estudo apresentado, é possível entender que há uma inconstitucionalidade parcial da norma. Apesar de não conter vícios em sua criação, há uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o salário mínimo estipulado não acompanha o crescimento do preço das coisas, e as pessoas acabam tendo que optar por algumas prioridades para aplicar o salário e deixar outras de lado.

O fato de não conseguir garantir as pessoas o direito a moradia, alimentação, estudo, lazer, transporte, ou seja, todas as necessidades básicas de uma pessoa, torna o salário hoje inconstitucional.

A dignidade da pessoa humana é um princípio da constituição e deve ser usado como pilar para qualquer outra lei.

Há muito tempo já se falava sobre a dignidade da pessoa humana, já que muitos defendiam que as pessoas já nascem com a dignidade inerente a ela. Após vários estudos e tentativas a dignidade da pessoa humana foi inserida como princípio fundamental do direito.

Da mesma forma a luta pelo salário digno veio de muito tempo, após muitas lutas por seus direitos, tanto é que dia primeiro de maio foi escolhido como o dia do trabalho exatamente porque foi um dia de luta e tragédia para a história, onde várias pessoas morreram lutando por condições mais dignas de trabalho.

Portanto, é possível concluir que o salário mínimo não condiz com a real necessidade das pessoas, na tabela anexada ao artigo, percebe-se o quanto ele precisa melhorar para atender as necessidades básicas das pessoas, uma vez que o salário não acompanha o aumento do valor das mercadorias e serviços.

Cabe ao Estado criar uma forma de atender a todos os trabalhadores para que tenham uma vida digna, uma vez que o mesmo não proporciona esse aumento necessário do salário ele só faz aumentar a desigualdade social.

Referências

ANDRADE, A.G.C. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. Revista da Emerj, v.6, n 23, 2003. Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_316.pdf.

Acesso em: 20 jul. 2022.

BORGUETTI, A.A.C. **O salário-mínimo como garantidor da dignidade humana: você viveria?** 2010. F.84. Trabalho de curso apresentado como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”. Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM. Marília, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.358 de 1 de junho de 2022**, dispõe sobre o valor do salário-mínimo a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2022. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14358.htm>. Acesso em: 21 jul. 2022.

COUTINHO, J. **Salário Mínimo ideal do Brasil em 2022: valor e pesquisa DIEESE**. 2022. Disponível em: <https://salario2022.com.br/salario-minimo-ideal-do-brasil-em-2022/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

Da Agência Senado. Salário mínimo de R\$ 1.212 é promulgado. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/02/salario-minimo-de-r-1212-e-promulgado#:~:text=Foi%20publicado%20no%20Di%C3%A1rio%20Oficial,em%20R%24%201.212%20para%202022>>. Acesso em: 21 jul. 2022.

DALCENO, J.N.A. SILVA, L.L. SANTOS, M.H. **Salário mínimo ideal para 2021**. 2021. F. 26. Trabalho de conclusão de curso. Universidade São Judas Tadeu. São Paulo, 2021.

DIEESE. **Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos. Pesquisa Nacional da Cesta Básica de Alimentos**. 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 27 jul. 2022.

LEITE, Maria de Fátima Esper. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade de expressão – possível colisão e determinados aspectos práticos**. 2010. F. 86. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2010.

OLIVEIRA, A.C. SILVA, M.R.F. **O salário mínimo como instrumento concretizador da dignidade da classe trabalhadora.** Trabalho Publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de junho de 2010. F. 14. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3106.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2022.

RIBEIRO, G.S.D. SENA, M.E.S. **Salário mínimo no Brasil é inconstitucional por afrontar dignidade humana.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan19/opinia0-salario-minimo-inconstitucional-aspecto-material>. Acesso em: 26 jul. 2022.

SOUZA, G.M. **O princípio da dignidade humana e sua relação com a liberdade e a integridade.** 2007. F. 77. Monografia como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas – CEJURPS. Itajaí, novembro de 2007.

VIEIRA, P.V.S Salário mínimo brasileiro. O art. 7º, IV da Constituição de 1988 sob a égide do controle concentrado de constitucionalidade. 2015. F. 25. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Tiradentes – UNIT. Aracaju, 2015.

COMPARATIVE STUDY OF TELEHEALTH REGULATION IN BRAZIL AND ITALY

Claudia Ribeiro Pereira Nunes¹

Università degli Studi di Reggio Calabria/IT

claudrib@ucm.es

Camila Pinto Barreto da Silva²

Metropolitan University of Santos – UNIMES

camilabps@gmail.com

DOI: <https://doi.org//10.62140/CNCS542001559>

Recebido em: 05/11/2022

Aprovado em: 09/12/2022

Summary: Introduction. 1 Telehealth Regulation in Brazil. 2 Telehealth Regulation in Italy. 3 The similarities and distinctions between the two countries. Outcomes and findings. References.

¹ Postdoc and supervisor of the second author in New Technologies and Law, Università degli Studi di Reggio Calabria/IT. Visiting Professor on GIESA INNOVATION Research Group at Universidad Complutense de Madrid and Michelle L. Bell Research Group at Yale University. Collaborator on the Law Degree Program at the Federal University of Amazonas - UFAM. Member of the GGINNS Research Group. Evaluator of scientific journals and research foundations. E-mail: claudrib@ucm.es and claudia.ribeiropereiranunes@yale.edu.

² Full Professor and Research on the Law Degree Program at the Metropolitan University of Santos - UNIMES. Director and Senior Lawyer at Barreto Law Office. Postdoctoral student in New Technologies and Law, Università degli Studi di Reggio Calabria/IT. Member of the Research Group on Global Comparative Law: Governance, Innovation, and Sustainability – GGINNS. Member of the GGINNS Research Group. Evaluator of scientific journals. E-mail: camila.silva@unimes.edu and camilabps@gmail.com.

Abstract: Firstly, during the Covid19 pandemic, the implementation of digital medicine more pronounced; later, telehealth started to be used as the democratization of access to health. The present work aims to understand how health telecare and was disciplined before and after the advent of the Covid-19 pandemic. Was telehealth critical during the period of the Covid-19 pandemic? How essential was it for the treatment of people in times of remoteness? The general objective is to understand how telehealth was disciplined before and after the advent of the Covid-19 pandemic. The specific goals are to verify health telecare regulations, verify that principles are respected, and compare the processes in Brazil and Italy. It will be based on bibliographic research, which seeks to explain and discuss the topic based on national and international theoretical references published in books, scientific articles, and theses, as well as extensive documentary research of treaties, laws, and jurisprudence. Finally, the study is based on the hypothetical-deductive method, in which, in the end, it will verify if the hypothesis from which the present work started materialized. Our approach will be qualitative. As for the objectives, exploratory research provides greater familiarity with the subject and the technical procedures.
Keywords: Telehealth; Ethics; Covid-19; Regulation; Information and Communication Technology (ICT).

Introduction

Telehealth e transfers information from one point to other using electronic signals to provide medical services. In recent years, technology has improved healthcare and has been praised for its great promise for private and public health primary, physical, and mental attending. Still, it has also been at the center of heated worldwide controversy. This study compares how telehealth Regulation was disciplined before and after the Covid-19 pandemic in Brazil and Italy. It should be interpreted concerning what cannot be regulated and what should and may be regulated.

The research core questions are: Was teleconsultation critical during the Covid-19 pandemic? Was it essential for the treatment of people in times of remoteness after the pandemic?

The general objective is to understand how telehealth was disciplined before and after the advent of the Covid-19 pandemic. The specific goals are verifying telehealth regulations, verifying whether ethics principles are respected, and comparing technology in Brazil and Italy.

The methodology is a documentary and historical source. We will be based on bibliographic research, which seeks to explain and discuss the topic based on national and international theoretical references published in books, scientific articles, and theses, as well as extensive documentary research of treaties, laws, and jurisprudence. As for the objectives, an exploratory study provides greater familiarity with the subject and the technical procedures of Telemedicine in Brazil and Italy.

The study is based on the hypothetical-deductive method, in which, in the end, it will verify if the hypothesis from which the present work started materialized. Our approach will be qualitative, as much as the telehealth policy allows.

Telehealth Regulation in Brazil

Brazil has the Unified Health System (SUS) and the Unified Supplementary Health System. The Unified Health System is responsible for universal health care for Brazilians. The Unified Supplementary Health System is private, and only those who hire its services are served.

We have distinctions regarding care between the public and private sectors. Still, considering telehealth in the SUS was implemented nationally and locally through the *Telessaude Brasil Redes* Program, created by the Ministry of Health, the Ordinance GM/MS No. 35, of January 4, 2007, and revoked in 2010. After, *Telessaude* redefined and expanded through the Ordinance GM/MS No. 2,546 of October 27, 2011³.

Even in 2020, due to the Covid-19 pandemic, *Telessaude* was implemented to provide initial care to people with Covid-19. That is, there was an expansion in the services to be provided by the SUS. On the other hand, in the Unified Supplementary Health System, the approach is different. Private health systems, health plans, and hospitals have offered telehealth as a modern care technique since Covid-19 started on March 2020.

According to the Federal Council of Medicine (CFM), telehealth can be defined “as the practice of medicine mediated by Digital, Information and Communication Technologies (IDICs), for assistance, education, research, prevention of diseases and injuries,

³ BRASIL. Ministério da Saúde. BVS APS Atenção Primária à Saúde. Available at: <https://aps.bvs.br/programa-nacionaltelessaude-brasil-redes/> Accessed on Feb. 19, 2023.

management and promotion of health,” according to the first paragraph of Resolution CFM No. 2,314, of May 5, 2022⁴.

The Federal Council of Medicine listed the modalities of health telecare that can be carried out, namely: (i) Teleconsultation; (ii) Teleinterconsultation; (iii) Telediagnosis; (IV) Telesurgery; (V) Telemonitoring; (VI) Telescreening; and (VII) Telehealth strict sense.

In June 2022, the Ministry of Health published Ordinance GM/MS No. 1,348, which provides for telehealth actions and services within the scope of the Unified Health System (SUS) to regulate and operationalize the use of information technologies and communication. In remote assistance, education, research, prevention of diseases and injuries, management and promotion of citizen's health, showing the progress in implementing telehealth in the SUS.

And finally, in December 2022, the President of the Republic published Law n. 14,510 of December 27, 2022⁵, which amends Law n° 8,080/1990 (the Law that created the SUS), to authorize and discipline the practice of telehealth throughout the national territory, and Law n° 13,146, of July 6, 2015 (Statute of Persons with Disabilities).

But the norms sometimes deal with Teleconsultation, sometimes with Tele Health care in Brazil. The term Tele Health care is broader and includes teleconsultation, which is more specific and targeted. To the Ministry of Health, “telehealth covers the remote provision of services related to all health professions regulated by the competent bodies of the Federal Executive Branch.”⁶

Fulfilling the Brazilian Constitutional competence, the Federal Government, States, and Municipalities share the competence to regulate and implement telehealth as a form of

⁴ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2314, de 5 de maio de 2022, que define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos por tecnologias de comunicação. Available at

https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2314_ Accessed on Feb. 14, 2023.

⁵ BRASIL. Portal da Câmara dos Deputados. Lei n° 14.510, de 27 de dezembro de 2022. Altera a Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da telessaúde em todo o território nacional, e a Lei n° 13.146, de 6 de julho de 2015; e revoga a Lei n° 13.989, de 15 de abril de 2020. Available at <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14510-27-dezembro-2022-793576-publicacaooriginal-166678-pl.html>.

Accessed on March 11, 2023.

⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS N° 1.348, de 2 de junho de 2022, que dispõe sobre as ações e serviços de Telessaúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Available at https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2022/prt1348_03_06_2022.html. Accessed on Feb. 14, 2023.

greater democratization of access to health. Aiming to fulfill the Brazilian Fundamental Right to health for all⁷.

The implementation of Teleconsultation in a more comprehensive way in Brazil has always generated much controversy since we are a country of continental dimensions with different economic realities. According to IDB, we still had internet blind spots in the country in 2022⁸. Although we have increased the number of internet users, we still have 15% of the population without internet access, according to IBGE data⁹. In addition, of the more than 5,000 Brazilian municipalities, only 78 have 5G technology, according to ANATEL data¹⁰. It isn't easy for teleconsultation around Brazil.

Other much-discussed issues are telediagnosis, telemonitoring, and telescreens. Some authors defended face-to-face medical diagnosis could be replaced by digital diagnosis, which could cause damage to the patient and liability for the doctor in case of a medical error. Statistically, it is more likely that there will be a medical error when the patient observe at a distance, as his report of the illness situation may not be realistic in the virtual consultation¹¹. The security of personal health data transmitted electronically is also a concern¹². It is also evident that telehealth should follow ethical principles and prioritize the first face-to-face

⁷ AITH, Fernando. Fundamentos e desafios da regulação da saúde digital em Estados democráticos de direito. In: AITH, Fernando; Dallari, Analluza Bolívar (Coord.). LGPD e saúde digital. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022. p. 41-59.

⁸ The Inter-American Development Bank (IDB) and its private arm, IDB Invest, and the National Telecommunications Agency (Anatel) started a partnership to generate the first digital connectivity visualization tool in the Brazilian territory. The Crowdsourcing for Digital Connectivity in Brazil project (C2DB project) aims to create conditions for a better understanding of connectivity in Brazil and leverage sustainable investments in the telecommunications sector. The project is necessary to facilitate Brazilian internet access. IDB. Inter-American Development Bank. BID e Anatel se unem para localizar demanda não atendida por banda larga no Brasil. Available at <https://www.iadb.org/pt/noticias/bid-e-anatel-se-unem-para-localizar-demanda-nao-atendida-por-banda-larga-no-brasil>. Accessed on Mar 11, 2023.

⁹ IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual - PNADC/A. Tecnologia de informação e comunicação (TIC). Available at <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadca/tabelas> Accessed on Mar. 9, 2023.

¹⁰ ANATEL. Tabela de Cobertura 5G. A tabela apresenta todos os compromissos de abrangência estabelecidos no Edital do 5G, contendo informações sobre a prestadora, prazo de atendimento, tipo de projeto e região beneficiada (município, localidade ou rodovia). Available at <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acompanhamento-e-controle/5g> Accessed on Mar. 9, 2023.

¹¹ Taça, J.; Kurtb, E.; Yurdakulc, S. E. "An Overview to Ethical Problems in Telemedicine Technology". 13th International Educational Technology Conference/Procedia - Social and Behavioral Sciences 103 (2013) 116 – 121 (ScienceDirect). Available at <https://pdf.sciencedirectassets.com/277811/1-s2.0-S1877042813X00357/1-s2.0-S1877042813037609/main.pdf?X-Amz-Security-Token=> Accessed on Mar 9, 2023.

¹² FERREIRA, André Bastos Lopes. Governança Digital e Inteligência artificial na área da saúde sob a ótica da proteção de dados pessoais. Aith, Fernando; Dallari, Analluza Bolivar (Coord.). LGPD na saúde digital. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil. 2022. p. 81-97.

consultation, as Ataça, Kurtb, and Yurdakulc mentioned in their research work recommended¹³.

The Federal Council of Medicine (CRM) and the Federal Government made the importance of personal consultation clear in the Brazilian regulation. According to the rule, Telemedicine is one more tool that the doctor can use when giving more attention to the patient or when the patient can't travel to the place of medical care. The patient still has to go into the office for things like imaging tests, blood work, and diagnoses that require a more hands-on approach. Ultimately, it is only possible to do some types of visits remotely.

Research published in *Plos One* in June 2020 showed that telehealth in Brazil grew by 800% in the first six days of the pandemic¹⁴. This shows the growth potential that telemedicine has worldwide.

Brazilian policymakers should beware of the hype and focus on real problems and opportunities in patients' privacy on body images of health (telediagnosis, telemonitoring, and telescreens¹⁵). One key priority is improving electronic data quality, interoperability, and secure access through better data governance. We have many obstacles to face in using telemedicine throughout Brazil. Still, the country needs to improve the accessibility of quality internet; the workforce specialized in the use of technologies, and the possibility of distributing equipment. Making sure that there is an actual implementation of Telemedicine throughout Brazil requires a significant mobilization on the part of the Ministry of Health and private health plans.

Telemedicine Regulation in Italy

¹³ Today, many people and institutions want healthcare through teleconsultation. It would be possible to reach the database from the outside that contains the information. Hence, the protection of personal data and maintaining confidentiality is so tricky. Ethical problems usually emerge in the phase of protection of privacy. Therefore, on the one hand, the use of technological means as scheduled. On the other hand, the risks that may arise should be evaluated in terms of ethics. ATAÇA, A.; KURTB, E.; YURDAKULC, S. E. An Overview to Ethical Problems in Telemedicine Technology. 13th International Educational Technology Conference/Procedia - Social and Behavioral Sciences 103 (2013) 116 – 121 (ScienceDirect). Available at <https://pdf.sciencedirectassets.com/277811/1-s2.0-S1877042813X00357/1-s2.0-S1877042813037609/main.pdf?X-Amz-Security-Token=> Accessed on Mar 9, 2023.

¹⁴ NEUMAM, Camila. Telemedicina continuará a se expandir após a pandemia. Available at <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/telemedicina-continuara-a-se-expandir-apos-a-pandemia-diz-especialista-americano/>. Accessed on fev. 15, 2023.

¹⁵ NUNES, Claudia Ribeiro Pereira; SILVA, Camila Pinto Barreto da. Brazilian Regulatory Sandboxes Challenges for Patients' Privacy on Body Images of Health Artificial Intelligence Systems. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo; VEIGA, Fábio da Silva; Pierdonà, Zélia Luiza (Coords.). Retos del horizonte jurídico iberoamericano, Porto/Salamanca: Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos e Universidade de Salamanca, 2023.

In Europe, health telecare is describe as several actions that involve both European Union and Member States aimed to promote greater integration of telemedicine services in clinical practice, removing significant barriers to its full and effective implementation¹⁶.

The Italian Health System aims at universal and equal care, analyzing the needs of each region of the country and implementing policies following the priorities of each region.

Although the system is public, universal, and egalitarian, it is not entirely free. Each service has a basic fee that the citizen charges. If the citizen cannot afford it, he can demonstrate his economic situation, being exempted from payment and having the care he needs.

Medical teleconsultation is defined as the medical act through which the healthcare professional interacts remotely with one or more doctors to discuss, also via video call, the patient's clinical situation, based primarily on the sharing, by telematics, means, of all clinical data, reports, images, audio-video concerning the specific case¹⁷.

Concerning teleconsultation, Italy has been carrying out its regulation for some time, with the first rule for the implementation of telehealth services – National Guidelines, approved respectively by the General Assembly of the Superior Council of Health, in a session of July 10, 2012, and by the Conference of State Regions, in the session of February 20, 2014¹⁸.

The three primary documents that have regulated references for the development of telehealth services are: (i) the Health Pact for the years 2014 to 2016; (ii) the Digital Health Pact; and (iii) the National Plan for Chronic¹⁹.

The National Institute of Health released a report entitled “Interim indications for Telehealth assistance services during the Covid-19 emergency on April 2020”. This report

¹⁶ EUROPEAN COMMISSION. EU Communication (COM-2008-689) of November 4th 2008, named “Telemedicine for the benefit of patients, healthcare system and society” available at <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0689:FIN:EN:PDF> Accessed on Mar. 10, 2023; EUROPEAN COMMISSION. Public health. Saúde em linha(e-Saúde): Saúde e cuidados de saúde digitais. Available at https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care_pt. Accessed on Ago 11, 2022.

¹⁷ CURSANO, Roberto; OVIDI, Riccardo. Italy: New guidelines on telemedicine in home care. Product Regulation & Liability. Published on August 8, 2022. Available at <https://www.globalcompliancenews.com/2022/08/08/italy-newguidelines-on-telemedicine-in-home-care-28072022/>. Accessed on Mar. 2, 2023.

¹⁸ FERORELLI D, NARDELLI L, SPAGNOLO L, et al. Medical Legal Aspects of Telemedicine in Italy: Application Fields, Professional Liability and Focus on Care Services during the COVID-19 Health Emergency. Journal of Primary Care &

aimed to identify critical issues and propose solutions for the implementation of health tele services during the Covid-19 pandemic and identified two priorities:

- (i) Guaranteeing home care for people affected by Covid-19 and for those not infected who needed home care due to their pathological condition or frailty; and
- (ii) Protect health professionals as much as possible, with risk of contagion²⁰. Teleconsultation during the Covid-19 pandemic provided better care for infected people and those with chronic diseases.

The Italian Government, at the Permanent Conference for Relations between the State, the Regions, and the Autonomous Provinces of Trento and Bolzano, at the meeting of December 17, 2020, created the "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina" (National Guidelines for the Provision of Services in Telehealth)²¹. This document defines the health services that can be provided at a distance, establishing payment methods, prescriptions, and available tools, making it clear that online services will be priced. With these Guidelines, the care that could be performed became more apparent, ensuring patient and doctor safety²².

During the pandemic, there was an increase in the number of consultations made using Teleconsultation and digital health. Since 2008, there has been a national electronic medical record, which allows citizens to be served throughout the national territory and have access to their data²³. However, so far, this service should be improved, depending on the region of the country.

Community Health. 2020; 11. DOI: 10.1177/2150132720985055. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2150132720985055#bibr4-215013272>. Accessed on Feb. 17, 2023.

¹⁹ FERORELLI D, NARDELLI L, SPAGNOLO L, et al. Medical Legal Aspects of Telemedicine in Italy: Application Fields, Professional Liability and Focus on Care Services During the COVID-19 Health Emergency. *Journal of Primary Care & Community Health*. 2020;11. DOI: 10.1177/2150132720985055. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2150132720985055#bibr4-215013272>. Accessed on Feb. 17, 2023.

²⁰ FERORELLI D, NARDELLI L, SPAGNOLO L, et al. Medical Legal Aspects of Telemedicine in Italy: Application Fields, Professional Liability and Focus on Care Services during the COVID-19 Health Emergency. *Journal of Primary Care & Community Health*. 2020; 11. DOI: 10.1177/2150132720985055. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2150132720985055#bibr4-215013272>. Accessed on Feb. 17, 2023. ²¹ ITALIA. Presidenza Del Consiglio Dei Ministri. Repertorio Atti n. 215/CSR del 17 dicembre 2020. Accordo, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sul documento recante "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina". Available at <https://www.statoregioni.it/media/3221/p-3-csr-rep-n-21517dic2020.pdf>. Accessed on mar.8, 2023.

²² PANETTO, Fátima. Telemedicina: la spinta dovuta alla pandemia. Newsletter di Università di Padova. Available in:

<https://ilbolive.unipd.it/it/news/telemedicina-spinta-dovuta-pandemia>. Accessed on Feb 16, 2023.

²³ PANETTO, Fátima. Telemedicina: la spinta dovuta alla pandemia. Newsletter di Università di Padova. Available in: <https://ilbolive.unipd.it/it/news/telemedicina-spinta-dovuta-pandemia>. Accessed on Feb 16, 2023.

In Italy, Telehealth was of great importance or even essential because it allowed a quick response, given the overloaded health system. The Italian regulation's main problems concern the legal classification of the app (notably, whether they fall within the definition of a medical device) and the processing of the enormous amount of data. The Italian Privacy Code, the app falls within the meaning of a medical device, and the legislation on medical devices also apply (Regulation 2017/745/EU¹⁹) after the Guidance on Cybersecurity for Medical Devices" of the MDCG on December 2019. The European Commission document "Is your Software a Medical Device?" published on March 2021 summarizes the critical steps

¹⁹ EUR-LEX. Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC. Available at <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0745>. Accessed on Mar 11, 2023.

for the correct software qualification²⁰. Until now, Italy does not have public police about the issue.

Thinking about the possibilities that are offered in the field of teleconsultation and Digital Health, the Italian Government has created a national strategic-operational plan for preparing and responding to an influenza pandemic (PanFlu) 2021-2023²¹, emphasizing the importance of defining guidelines, homogeneous, capable of enhancing territorial response capacities in the face of a pandemic event²².

An example is what happened in the Veneto region, where doctors use contrast in patients with Covid-19, the technique implemented at the Veneto Oncological Institute for exams and follow-ups and at the Hospital de Padua²³. All research was carried out under current legislation, particularly national indications for providing telerehabilitation benefits and services by the health professions²⁴.

The Similarities and Distinctions Between the Two Countries

Analyzing the provision of health care in Brazil and Italy, it was found that in both countries, public care is universal and equal, serving the entire population. However, the Covid-19 pandemic brought many differences in productivity among the medicine-field scientists (physicians)²⁵, and telehealth may help improve patient attention.

²⁰ EUROPEAN COMMISSION. Public health. MDCG endorsed documents and other guidance. Available at https://health.ec.europa.eu/medical-devices-sector/new-regulations/guidance-mdcg-endorsed-documents-and-otherguidance_en. Accessed on Mar. 11, 2023.

²¹ ITALIA. Digital Health Laws and Regulations. ICLG. Published on February 24, 2022. Available at <https://iclg.com/practice-areas/digital-health-laws-and-regulations/italy> Accessed on March 6, 2023.

²² PANETTO, Fátima. Telemedicina: la spinta dovuta alla pandemia. Newsletter di Università di Padova. Available in: <https://ilbolive.unipd.it/it/news/telemedicina-spinta-dovuta-pandemia>. Accessed on Feb 16, 2023.

²³ POLI, Gabriele Fusar. “L'esempio padovano fa scuola: la Regione Veneto potenzia e diffonde l'uso della telemedicina”. Padova Oggi. Available at: <https://www.padovaoggi.it/salute/coronavirus-telemedicina-regione-veneto-padova-05-maggio2020.html>. Accessed on mar. 3, 2023.

²⁴ ITALIA. Presidenza Del Consiglio Dei Ministri. Rep. Atti n. 231/CSR del 18 novembre 2021. □ccordo, ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante “Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni e servizi di teleriabilitazione da parte delle professioni sanitarie”. Available at <https://www.statoregioni.it/media/4271/p-1-csr-atto-rep-n-231-18nov2021.pdf>. Accessed on Mar5, 2023. ITALIA. Ministero della Salute. Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina. Available at <https://www.salute.gov.it/portale/ehealth/dettaglioContenutiEHealth.jsp?lingua=italiano&id=5525&area=eHealth&menu=telemedicina> Accessed on Mar.1, 2023.

²⁵ HEO S.; PERALTA, PD. JIN L.; PEREIRA NUNES, CR.; BELL, ML. Differences in self-perception of productivity and mental health among the STEMM-field scientists during the COVID-19 pandemic by sex and status as a parent: A survey in six languages. PLoS ONE 17(7): e0269834. DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0269834>; HEO, S.; CHAN, A.Y.; DIAZ PERALTA, P. et al. Impacts of the COVID-19 pandemic on scientists' productivity in science, technology, engineering, mathematics (STEM), and medicine fields. Humanit Soc Sci Commun 9, 434, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1057/s41599022-01466-0>

Telehealth services are stipulated in Italy; a fee is paid for any procedure. In Brazil, what would be the object of health telecare was not listed, but any assistance is free.

In both countries, there is an understanding that the first consultation must be in person and that patient information is private. Physicians participating in telehealth have an ethical responsibility to uphold fundamental fiduciary obligations by disclosing any financial or other interests the physician has in the telehealth application or service and taking steps to manage or eliminate conflicts of interest²⁶. It must respect the principles of ethics²⁷, with technology being used for the benefit of society, but the physician is in no way dispensable. Technology is precisely for the physician to pay more attention to the patient. In Italy, among the telehealth services that could be implemented in the framework of home care, the Guidelines identify and regulate the “televisit” (teleconsultation), understood as the medical act whereby the doctor interacts remotely with the patient, which might result in the prescription of drugs, or further clinical investigations. Teleconsultation is limited to control activities of patients whose diagnosis has already been formulated during an in-person visit²⁸.

The Guidelines also identify a healthcare activity, not necessarily medical, carried out remotely by two or more persons. This consisting of the request for support during the performance of healthcare activities, followed by a video call in which the healthcare professional provides instructions for making clinical decisions or carrying out the correct interpretation of health activities on the patient. The health telecare, which is based on the remote interaction between the healthcare professional and the patient/caregiver through a video call, and which may be accompanied by the sharing of data, reports or images²⁹.

²⁶ KEENAN AJ, TSOURTOS G, TIEMAN J. The Value of Applying Ethical Principles in Telehealth Practices: Systematic Review. *J Med Internet Res.* 2021 Mar 30;23(3): e25698. DOI: <https://doi.org/10.2196/25698>.

²⁷ Keenan, Tsourtos, and Tieman have a worried conclusion. A few studies identified ethical issues associated with telehealth practice. They discussed their potential impact on service quality and effectiveness, and more research must be done on how ethical principles are incorporated into clinical practice. Several studies proposed frameworks, codes of conduct, or guidelines, but there needed to be more discussion or evidence of how these recommendations are being used to improve ethical telehealth practice. KEENAN AJ, TSOURTOS G, TIEMAN J. The Value of Applying Ethical Principles in Telehealth Practices: Systematic Review. *J Med Internet Res.* 2021 Mar 30;23(3): e25698. DOI: <https://doi.org/10.2196/25698>.

²⁸ CURSANO, Roberto; OVIDI, Riccardo. Italy: New guidelines on telemedicine in home care. Product Regulation & Liability. Published on August 8, 2022. Available at <https://www.globalcompliancenews.com/2022/08/08/italy-newguidelines-on-elemedicine-in-home-care-28072022/>. Accessed on Mar. 2, 2023.

²⁹ CURSANO, Roberto; OVIDI, Riccardo. Italy: New guidelines on telemedicine in home care. Product Regulation & Liability. Published on August 8, 2022. Available at <https://www.globalcompliancenews.com/2022/08/08/italy-newguidelines-on-elemedicine-in-home-care-28072022/>. Accessed on Mar. 2, 2023.

Outcomes and Findings

Thus, we can conclude that the Covid-19 pandemic positively influenced the health area, giving greater attention to the digital health and telehealth industry and expanding the use of these technologies in favor of the population. Indeed, the Covid-19 pandemic is a milestone for humanity, and the shocking scenes shown in Brazil and Italy will forever remain in the memory of the people who saw them. In both countries, it can be seen that there has been an increase in the number of Telehealth assistance with the advent of the Covid-19 pandemic, as well as there has been regulation in the specific area. Thus, Brazil and Italy generally have more similarities than distinctions in using health telecare.

There is no doubt that the use of telehealth before the Covid-19 pandemic was being implemented, but with the advent of the pandemic, there was a 2 to 5-year advance, which will lead to a new moment in medical care. It was also noted the concern with the workforce specializing in the technology necessary for the provision of telehealth services and the complexity in the supply of equipment throughout the countries.

Accessing quality and useful internet is challenging in Brazil, mainly in rural areas. The internet access public policies should be reorganized to help the patient primarily attend. Telehealth was one of the main points for the care of those infected with Covid-19, as well as for the maintenance of the chronically ill in the case of Brazil, the Covid-19 pandemic streamlined the implementation of teleconsultation, which for years had dragged on regulated.

In Italy, even with all the technology available, we saw the impotence in the face of this lethal virus, the unpreparedness of the world's health systems to face the pandemic, and the need to review the public health system.

In addition, for both countries, telehealth can promote protected hospital discharge, reduce the hospitalization of chronically ill patients, reduce hospitalization in nursing homes, and reduce patients' mobility in search of better care.

References

ANATEL. Tabela de Cobertura 5G. A tabela apresenta todos os compromissos de abrangência estabelecidos no Edital do 5G, contendo informações sobre a prestadora, prazo de atendimento, tipo de projeto e região beneficiada (município, localidade ou rodovia). Available at <https://informacoes.anatel.gov.br/paineis/acompanhamento-e-controle/5g> Accessed on Mar. 9, 2023.

Nunes, Claudia Ribeiro Pereira; Silva, Camila Pinto Barreto da. Comparative study of telehealth regulation in Brazil and Italy
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 147-162. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

AITH, Fernando. Fundamentos e desafios da regulação da saúde digital em Estados democráticos de direito. In: AITH, Fernando; DALLARI, Analluza Bolívar (Coord.). LGPD e saúde digital. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2022. p. 41-59.

ATAÇA, A.; KURTB, E.; YURDAKULC, S. E. An Overview to Ethical Problems in Telemedicine

Technology. 13th International Educational Technology Conference/Procedia - Social and Behavioral

Sciences 103 (2013) 116 – 121 (ScienceDirect). Available
at

<https://pdf.sciencedirectassets.com/277811/1-s2.0-S1877042813X00357/1-s2.0-S1877042813037609/main.pdf?X-Amz-Security-Token=> Accessed on Mar 9, 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. BVS APS Atenção Primária à Saúde. Available at: <https://aps.bvs.br/programa-nacional-telessaude-brasil-redes/>. Accessed on Feb. 19, 2023.

BRASIL. Portal da Câmara dos Deputados. Lei nº 14.510, de 27 de dezembro de 2022. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para autorizar e disciplinar a prática da telessaúde em todo o território nacional, e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015; e revoga a Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020. Available at <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2022/lei-14510-27-dezembro-2022-793576publicacaooriginal-166678-pl.html>. Accessed on March 11, 2023.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 2314, de 5 de maio de 2022, que define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos por tecnologias de comunicação. Available at <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2314>. Accessed on Feb. 14, 2023.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS Nº 1.348, de 2 de junho de 2022, que dispõe sobre as ações e serviços de Telessaúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Available at https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2022/prt1348_03_06_2022.html. Accessed on Feb. 14, 2023.

Nunes, Claudia Ribeiro Pereira; Silva, Camila Pinto Barreto da. Comparative study of telehealth regulation in Brazil and Italy
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 147-162. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

CURSANO, Roberto; OVIDI, Riccardo. Italy: New guidelines on telemedicine in home care. Product Regulation & Liability. Published on August 8, 2022. Available at

<https://www.globalcompliancenews.com/2022/08/08/italy-new-guidelines-on-telemedicine-in-homecare-28072022/>. Accessed on Mar. 2, 2023.

EUR-LEX. Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC. Available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0745>. Accessed on Mar 11, 2023.

EUROPEAN COMMISSION. EU Communication (COM-2008-689) of November 4th 2008, named “Telemedicine for the benefit of patients, healthcare system and society”
□ available at <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0689:FIN:EN:PDF>
Accessed on Mar. 10, 2023. EUROPEAN COMMISSION. Public health. Saúde em linha(e-Saúde): Saúde e cuidados de saúde digitais. Available at https://health.ec.europa.eu/ehealth-digital-health-and-care_pt. Accessed on Ago 11, 2022.

EUROPEAN COMMISSION. Public health. MDCG endorsed documents and other guidance. Available at https://health.ec.europa.eu/medical-devices-sector/new-regulations/guidance-mdcgendorsed-documents-and-other-guidance_en. Accessed on Mar. 11, 2023.

FERORELLI D, NARDELLI L, SPAGNOLO L, et al. Medical Legal Aspects of Telemedicine in Italy: Application Fields, Professional Liability and Focus on Care Services during the COVID-19 Health

Emergency. Journal of Primary Care & Community Health. 2020; 11. DOI: <https://doi.org/10.1177/2150132720985055>. Available at: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2150132720985055#bibr4-215013272>. Accessed on Feb. 17, 2023.

FERREIRA, André Bastos Lopes. Governança Digital e Inteligência artificial na área da saúde sob a ótica da proteção de dados pessoais. AITH, Fernando; DALLARI, Analluza Bolívar (Coord.). LGPD na saúde digital. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil. 2022. p. 81-97.

Nunes, Claudia Ribeiro Pereira; Silva, Camila Pinto Barreto da. Comparative study of telehealth regulation in Brazil and Italy
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 147-162. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

HEO S.; PERALTA, PD.; JIN L.; PEREIRA NUNES, CR.; BELL, ML. Differences in self-perception of productivity and mental health among the STEMM-field scientists during the COVID-19 pandemic by sex and status as a parent: A survey in six languages. PLoS ONE 17(7): e0269834. DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0269834>

HEO, S.; CHAN, A.Y.; DIAZ PERALTA, P. et al. Impacts of the COVID-19 pandemic on scientists' productivity in science, technology, engineering, mathematics (STEM), and medicine fields. *Humanit Soc Sci Commun* 9, 434, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1057/s41599-022-01466-0>

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Anual - PNADC/A. Tecnologia de informação e comunicação (TIC). Available at <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadca/tabelas> Accessed on Mar. 9, 2023.

IDB. Inter-American Development Bank. BID e Anatel se unem para localizar demanda não atendida por banda larga no Brasil. Available at <https://www.iadb.org/pt/noticias/bid-e-anatel-se-unem-paralocalizar-demanda-nao-atendida-por-banda-larga-no-brasil>. Accessed on Mar 11, 2023.

ITALIA. Presidenza Del Consiglio Dei Ministri. Repertorio Atti n. 215/CSR del 17 dicembre 2020. Accordo, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sul documento recante "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni in telemedicina". Available at <https://www.statoregioni.it/media/3221/p-3-csr-rep-n-215-17dic2020.pdf>. Accessed on Mar.8, 2023.

ITALIA. Digital Health Laws and Regulations. ICLG. Published on February 24, 2022. Available at <https://iclg.com/practice-areas/digital-health-laws-and-regulations/italy> Accessed on March 6, 2023.

ITALIA. Presidenza Del Consiglio Dei Ministri. Rep. Atti n. 231/CSR del 18 novembre 2021. Accordo, ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano sul documento recante "Indicazioni nazionali per l'erogazione di prestazioni e servizi di teleriabilitazione da parte delle professioni sanitarie". Available at <https://www.statoregioni.it/media/4271/p-1-csr-atto-rep-n-231-18nov2021.pdf>. Accessed on Mar-5, 2023.

Nunes, Claudia Ribeiro Pereira; Silva, Camila Pinto Barreto da. Comparative study of telehealth regulation in Brazil and Italy
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 147-162. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

ITALIA. Ministero della Salute. Linee di indirizzo nazionali sulla telemedicina. Available at https://www.salute.gov.it/portale/ehealth/dettaglioContenutiEHealth.jsp?lingua=italiano&id=5525&a_rea=eHealth&menu=telemedicina Accessed on Mar.1, 2023.

KEENAN AJ, TSOURTOS G, TIEMAN J. The Value of Applying Ethical Principles in Telehealth Practices: Systematic Review. *J Med Internet Res.* 2021 Mar 30; 23(3): e25698. DOI: <https://doi.org/10.2196/25698>.

NEUMAM, Camila. Telemedicina continuará a se expandir após a pandemia. Available at

<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/telemedicina-continuara-a-se-expandir-apos-a-pandemia-dizespecialista-americano/>. Accessed on Fev. 15, 2023.

NUNES, Claudia Ribeiro Pereira; SILVA, Camila Pinto Barreto da. Brazilian Regulatory Sandboxes Challenges for Patients' Privacy on Body Images of Health Artificial Intelligence Systems. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo; VEIGA, Fábio da Silva; Pierdoná, Zélia Luiza (Coords.). *Retos del horizonte jurídico iberoamericano*, Porto/Salamanca: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Universidade de Salamanca, 2023.

PANETTO, Fátima. Telemedicina: la spinta dovuta alla pandemia. Newsletter di Università di Padova. Available in: <https://ilbolive.unipd.it/it/news/telemedicina-spinta-dovuta-pandemia>. Accessed on Feb 16, 2023.

POLI, Gabriele Fusar. “□L'esempio padovano fa scuola: la Regione Veneto potenzia e diffonde l'uso della telemedicina”. Padova Oggi. Available at: <https://www.padovaoggi.it/salute/coronavirustelemedicina-regione-veneto-padova-05-maggio-2020.html>. Accessed on Mar. 3, 2023.

POLÍTICA, GÉNERO E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PORTUGAL

Elisabete Ferreira¹

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

DOI: <https://doi.org/10.62140/EF430037050>

Recebido em: 08/12/2022

Aprovado em: 15/01/2023

1. Introdução

Na presente comunicação pretendemos demonstrar como a mudança de sistemas políticos em Portugal no século XX influenciou, direta ou indiretamente, a posição relativa da mulher na sociedade portuguesa, a maior ou menor permissividade social e legal para com a violência de género, e em particular, para com a violência doméstica, bem como a abertura e a simplificação de soluções preventivas ou remediativas para o fenómeno ou, ao invés, a sua complexificação e dificuldade.

A violência doméstica é um fenómeno histórico determinado por um conjunto complexo e interatuante de fatores, explicável, entre outros, pelo modelo ecológico de Bronfenbrenner. Neste modelo, o macrossistema é o sistema que abrange os padrões culturais, sejam valores, crenças, ideologias e sistemas políticos.

A história de Portugal do século XX constitui um exemplo paradigmático de como os sistemas políticos vigentes à época, e sua inspiração doutrinária, determinaram o modo de interação e a posição relativa do homem e da mulher na sociedade.

«E da costela que o Senhor Deus tomou do homem, formou uma mulher: e trouxe-a a Adão.»². Deste pequeno versículo da Sagrada Escritura, podemos retirar um importante

¹ Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Membro do Centro de Estudos e Investigação em Direito da Universidade Católica Portuguesa.

² Sagrada Bíblia, Genesis, 2, 22.

contributo para a compreensão do estatuto da mulher, na civilização ocidental, ao longo dos tempos: a intrínseca dependência da mulher, relativamente ao homem, plasmada no Velho Testamento, que perdurou pelo menos até meados do séc. XX. Durante séculos, coube ao homem o lugar central na vida social. Ele era o responsável pelo sustento do lar, da mulher e dos filhos, bem como pela educação e orientação daqueles que estavam subordinados à sua autoridade. A mulher passava, naturalmente, do domínio do pai para o domínio do marido. O casamento era uma instituição tradicional, dotada de interesses próprios, que transcendem os interesses individuais e as aspirações afetivas de cada um dos cônjuges, em que a instituição matrimonial prevalece, mesmo contra a vontade destes. À luz das conceções sociais dominantes, o bem superior da família e dos filhos justificaria que a mulher suportasse atitudes violentas do seu cônjuge, mantendo o casamento, numa sociedade profundamente católica, em que a Igreja, ontem (como hoje), não admitia o divórcio.

2. A implantação da República

Do ponto de vista político, Portugal iniciou o século XX ainda num regime monárquico, mas logo em 1910 foi implantada a República.

Consigo, veio a Lei do divórcio de 1910 (Decreto de 3 de novembro de 1910). Na verdade, a implantação da República foi marcada por um sentimento anticlerical e antirreligioso, que veio admitir a possibilidade de divórcio, até aqui vedada por lei, e consagrou, pelo menos formalmente, a igualdade dos cônjuges. A Lei do Divórcio enunciava, no seu artigo 4.º, n.º 4, entre outras causas taxativas do pedido de divórcio litigioso, «*As sevícias ou injúrias graves*». O teor do preceito não trazia nada de novo, por comparação com a formulação do Código de Seabra, com a diferença de que, como tivemos oportunidade de referir, se admitia, pela primeira vez, em Portugal, a cessação do vínculo conjugal, por meio de divórcio. Mas é importante mencionar que a jurisprudência da época veio fazer, em certos casos, interpretações relativamente amplas do preceito, que indiciam já um alargamento do leque de condutas qualificáveis como atos violentos³.

³ Veja-se a propósito a visão de um Juiz da Comarca de Valpaços, que proferiu a seguinte decisão, em 24 de Outubro de 1925: «As sevícias são maus tratos que constituem fundamento de divórcio, sem precisarem de ser repetidas. A constatação das sevícias pode fazer-se por qualquer meio admissível em Direito.

3. O Estado Novo

Seguiu-se-lhe o Estado Novo, um regime político ditatorial, autoritário, autocrata e corporativista de Estado que vigorou durante 41 anos ininterruptos, desde a aprovação da Constituição da República Portuguesa de 1933, até ao seu derrube, pela Revolução de 25 de Abril de 1974.

A Constituição de 1933 representou a concretização dos ideais de Salazar, inspirados no corporativismo, na doutrina social da Igreja e nas concepções nacionalistas. De acordo com a Doutrina Social da Igreja, a família é importante para a pessoa humana e para a sociedade. É vista como a célula primeira e vital da sociedade. A família é considerada a primeira sociedade natural, titular de direitos próprios e originários, é colocada no âmago da vida social, nasce da íntima comunhão de vida e de amor fundada no casamento entre duas pessoas. Também é afirmada a prioridade e precedência da família em relação à sociedade e ao Estado. Na sua função procriadora, a família é mesmo condição de existência da própria sociedade. A legitimação da família está fundada na própria natureza humana e não no reconhecimento da lei civil. Ela antecede o próprio Estado, por isto ela não existe e função do Estado, antes o contrário: a sociedade e o Estado é que existem para a família.

A Constituição de 1933 consagrava a igualdade dos cidadãos perante a lei, exceção feita às mulheres, atendendo às «diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família»⁴. Na triologia salazarista: Deus, Pátria e Família, esta última era considerada a instituição política primária. O Estado Novo, com a sua auto-proclamada missão de recristianizar a família, procurou pôr termo à possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial por via do divórcio e, graças ao sistema concordatário, na prática, quase o conseguiu, porquanto a esmagadora maioria dos casamentos em Portugal era celebrada catolicamente⁵. A Concordata de 7 de maio de 1940, assinada entre a Santa Sé e a República Portuguesa, no seu artigo 24º, determinava que: «Em harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que, pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges

⁴ Cfr. o artigo 5º da Constituição de 1933. Com a revisão constitucional de 1972, ficou apenas ressalvado o primeiro fundamento.

⁵ Em 1960, segundo o estudo *A Situação Social em Portugal, 1960-1999*, disponível em <http://www.ics.ul.pt>, apenas 9,3 % dos casamentos em Portugal não eram celebrados catolicamente. No mesmo ano, a taxa de divorcialidade foi de cerca de 0,1 ‰, correspondente a 749 divórcios ocorridos. Tal taxa de divorcialidade permaneceu até 1974, mas disparou, em 1975, para cerca do dobro (0,2 ‰). De um número total de divórcios de 777, em 1974, passamos para 1552, em 1975, triplicando o número em 1976: 4.875 – cerca de 0,5‰ de taxa de divorcialidade. No que concerne à celebração não católica do matrimónio, ela tem vindo a crescer. Em 1975, situava-se em 20.0%. Em 1998, ascendia já aos 33.0%.

renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que, por isso não poderá ser aplicado pelos tribunais civis aos casamentos católicos. »

Mas mesmo para aqueles que podiam divorciar-se, a dissolução do casamento por esta via encontrava-se dificultada, por força da interpretação jurisprudencial desenvolvida do teor da cláusula 4ª do artigo 4º da Lei do Divórcio, que defendia, por exemplo, que «O facto do marido chamar à mulher “senhora” e “feto”, não pode fundamentar o divórcio. O esbofeteamento da mulher pelo marido, Idem. »⁶. Virá também a propósito referir o tão célebre Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Maio de 1952⁷, que, em pleno Estado Novo, parecia admitir a existência de um direito de moderada correção doméstica, ao referir que «Desde que haja ofensa física, maus tratos infligidos pelo marido à mulher e uma vez que esses atos excedam os limites de uma moderada correção doméstica, está-se em presença de sevícias graves, que ninguém é obrigado a tolerar sem reagir pelos meios que a lei lhe faculta ». Daqui se retira a conclusão de que, no entendimento deste tribunal, as ofensas à integridade física menos graves, desde que motivadas pela ideia de correção doméstica, estariam justificadas.

Em relação às disposições do Código Civil relativas ao casamento, é digno de nota o artigo 1674º do Código Civil de 1966, que, na sua versão original, consagrava o *poder marital*: “O marido é o chefe da família, competindo-lhe nessa qualidade representá-la e decidir em todos os atos da vida conjugal comum (...)”. Assim se positivava na legislação portuguesa a desigualdade de género, assim se abria a porta à legitimação da violência do marido sobre a mulher, aprisionada num casamento que não conhecia divórcio, em nome da trilogia Salazarista “Deus, Pátria, Família”, que o poder judicial, como vimos, não contrariou.

Veja-se, a título de exemplo, que o Código de 1966, na sua versão original, ao abrigo do artigo 1676º, consagrava já a liberdade da mulher para exercer profissões liberais ou funções públicas, bem como para publicar ou fazer representar as suas obras ou dispor de propriedade intelectual, mas acrescentava que «O exercício de outras atividades lucrativas, mediante contrato com terceiro, não depende igualmente do consentimento do marido, mas é lícito ao marido, se não tiver dado o seu consentimento e este não tiver sido judicialmente suprido, ou não vigorar entre os cônjuges o regime de separação de bens, denunciar a todo o tempo o contrato, sem que por esse facto possa ser compelido qualquer dos cônjuges a

⁶ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 1944.

⁷ Publicado no BMJ n.º 33, 1952, p. 285.

uma indemnização». Desta disposição, em conjugação com o art. 117º da Lei do Contrato de Trabalho (DL. n.º 49.408), resultava a desnecessidade de consentimento do marido para que a mulher pudesse celebrar contratos de trabalho, mas qualquer que fosse o regime de bens do casamento, desde que não houvesse separação judicial ou de facto, o marido, nos termos do art. 117º, n.º 2 do DL. n.º 49.408, podia, alegando razões ponderosas, opor-se quer à celebração do contrato, quer posteriormente obstar à sua manutenção, revogando o seu anterior consentimento expresso ou tácito. Daqui resultava uma dependência económica que travava as aspirações da mulher a uma vida livre da hegemonia masculina.

4. A Revolução de Abril de 1974 e a CRP de 1976.

A Revolução de Abril de 1974 trouxe renovada esperança às mulheres portuguesas. Não é por acaso que a primeira parte da CRP é dedicada aos Direitos Fundamentais dos cidadãos. A Constituição de 1976 veio consagrar expressamente, no artigo 36º, o princípio da igualdade dos cônjuges. No ano seguinte eram introduzidas importantíssimas alterações no Código Civil, no domínio do Direito da Família, *maxime*, na regulação do casamento. Era o canto do cisne da desigualdade de género, pelo menos do ponto de vista constitucional e legal. Estava dado o primeiro passo no caminho rumo à ilegitimação da violência doméstica, cuja consagração embrionária chegaria com o Código Penal de 1982 e o crime de maus-tratos previsto no artigo 153º. Só em 2007, já, portanto, no século XXI, o CP português passou a acolher o crime de violência doméstica, até então denominado maus tratos, mas que se revestia já de natureza pública desde 2000.

A democracia e a abertura ao mundo permitiram ao Estado Português a assimilação de valores e o contacto com estratégias não discriminatórias de valorização do indivíduo e de proteção dos mais desfavorecidos, entre os quais encontramos, queiramos ou não, uma esmagadora percentagem de mulheres. Documentos internacionais como a CEDH ou mais recentemente a Convenção de Istambul desempenharam um importante papel no desenvolvimento do estatuto social da mulher e, por consequência, teve também impacto no fenómeno da violência doméstica.

5. Em Jeito de Conclusão.

Deixamos aqui o testemunho do que é hoje o artigo 152º do CP português, e a forma como hoje, o nosso legislador criminaliza este fenómeno:

“Artigo 152.º

Violência doméstica

1 - Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade, ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns:

a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;

b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido

uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;

c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou

d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença,

gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

e) A menor que seja seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c),

ainda que com ele não coabite;

É punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

2 - No caso previsto no número anterior, se o agente:

a) Praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio

da vítima; ou

b) Difundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados

personais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento;

É punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito

anos;

b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos.

4 - Nos casos previstos nos números anteriores, incluindo aqueles em que couber pena mais grave por força de outra disposição legal, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.

5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

6 - Quem for condenado por crime previsto no presente artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício de responsabilidades parentais, da tutela ou do exercício de medidas relativas a maior acompanhado por um período de 1 a 10 anos.”

Este artigo foi objeto de sucessivas alterações no sentido do aperfeiçoamento da tutela das vítimas desta forma de violência e representa o corolário de um longo percurso na construção de um sistema eficaz de garantia dos direitos das vítimas de violência doméstica, maioritariamente mulheres. A Revolução de abril de 1974 trouxe consigo a democracia e o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais, *de iure*. Falta agora agir no seio das conceções e padrões sociais de interação, no sentido do empoderamento da mulher e da erradicação de todas as formas de violência contra ela.

LA INCIDENCIA DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS ESTATUTOS REGULADORES DE LA RELACIÓN DE CONSUMO

The Influence of Human Rights Law in the Consumer Protection Law

Erika Isler Soto¹

Universidad Autónoma de Chile

emisler@uc.cl

DOI: <https://doi.org/10.62140/ES535765680>

Recibido em: 18/12/2022

Aprovado em: 07/01/2023

Línea temática: Derecho de los negocios y de las sociedades bajo un contexto transnacional.

Sumário: Introducción. 1. Los Derechos Humanos: no sólo subsidiarios. 2. La proyección de los Derechos Humanos hacia la relación de consumo. 2.1. La fuerza expansiva de los derechos humanos. 2.2. La eficacia vertical y horizontal. 2.3. El reconocimiento estatal y convencional expreso a los derechos fundamentales. 2.3.1. *Tipificación de reglas y principios vinculados a los derechos humanos.* 2.3.2. *Los tratados internacionales sobre derechos humanos.* Conclusiones.

Resumen: El presente trabajo se refiere a la incidencia que el derecho de los derechos humanos ha venido teniendo en los estatutos reguladores de la relación de consumo. Lo anterior tiene como antecedente la propia reorientación que han experimentado los sistemas normativos en general hacia la persona, principalmente a partir

¹ Profesora de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile. Abogada; Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile; Licenciada en Estética, Pontificia Universidad Católica de Chile; Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Universidad de Chile; Magíster en Ciencia Jurídica, Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; emisler@uc.cl

del auge del reconocimiento y promoción de las garantías esenciales luego de los conflictos bélicos suscitados en el siglo XX, y cuyas prescripciones han impregnado no sólo los órdenes transnacionales sino que también los internos. Desde luego, tal fenómeno ha alcanzado el Derecho de Consumo, cuya amplísima aplicación práctica ha motivado que se lo califique del Derecho Común de la postmodernidad. En efecto, sus instituciones, reglas y principios han venido adecuándose progresivamente al derecho de los derechos humanos. Ello se reconoce en primer lugar en el ajuste de las normas positivas de carácter estatal y convencional, en la atribución de una eficacia directa a las garantías esenciales, en la consagración en los propios estatutos reguladores de la relación de consumo de instituciones destinadas a la protección de la dignidad de la persona y los derechos de la personalidad, así como en la vigencia directa de los tratados internacionales sobre garantías esenciales.

Abstract: This work refers to the influence that the Human Rights Law has been having in the statutes of the consumer protection. The foregoing is preceded by the reorientation that normative systems have experienced towards the person, mainly from the rise of recognition and promotion of Human Rights after the armed conflicts that arose in the 20th century, and whose prescriptions have impregnated not only the transnational orders but also the internal ones. This phenomenon has reached Consumer Protection Law, whose very wide practical application has motivated it to be described as the Common Law of postmodernity. Its institutions, rules and principles have been progressively adapting to Human Rights Law. This is recognized in the first place in the adjustment of the positive norms of a state and conventional nature, in the attribution of a direct effectiveness to the essential guarantees, in the consecration in the regulatory statutes of the relationship of consumption of institutions destined to the protection of the dignity of the person and the rights of the personality, as well as in the direct validity of international treaties on Human Rights.

Palabras clave: Derechos Humanos; Derecho de Consumo; Relación de Consumo; Derecho Internacional.

Key Words: Human Rights; Consumer Law; Consumer Relation; International Law.

Introducción

Si la lógica decimonónica había reservado la expresión “Derecho Común” para los principios y reglas que rigen las relaciones de los sujetos considerados como iguales, con un

carácter general y supletorio, principalmente en el contexto del Derecho Privado², los procesos de disrupción del siglo XX que diluyeron sus fronteras con el Derecho Público entre muchos paradigmas cuestionados-, vinieron a proponer otras formas de comprender el antiguo *Ius Commune*.

En tal reorientación las guerras mundiales, y en particular la segunda, cumplieron un rol preponderante, en el sentido de que los lamentables e indiscutibles excesos a que dieron lugar los totalitarismos enfrentados, devinieron en un resurgimiento del derecho material como centro del análisis jurídico³ y la consolidación de la dignidad humana como un valor de la más alta jerarquía⁴. Así señala BARCIA LEHMANN: “el Derecho moderno, aunque es el Derecho de la abundancia, responde a los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Esta diferencia dará lugar a unos sistemas jurídicos sustentados sobre los derechos fundamentales, los que desplazarán a un derecho basado en una economía de la escasez. Lo que se pretende es volver sobre la categoría de Gayo para fijar los límites entre el Derecho de cosas –que está determinado en la actualidad por el funcionamiento del mercado– y el Derecho de Personas, que se sustenta en los derechos fundamentales”⁵.

Con todo, la nueva propuesta no sólo alcanzó a los países involucrados en los conflictos bélicos, sino que a todo Occidente, el cual delimitó las bases jurídicas que habían de sustentar un ordenamiento recurriendo a aquellos principios y reglas que necesariamente rigen a todo ser humano por el solo hecho de ser tal, situándose en los derechos fundamentales, un régimen mínimo, imperativo y universal.

El nuevo Derecho Común ya no tenía un origen burgués, ni tampoco consideraba a la igualdad como una realidad asentada, sino que la elevaba a fin perseguible en una sociedad que se auto reconocía como integrada por diversas asimetrías que habían de ser neutralizadas. El orden de los derechos humanos entonces, constituía -y constituye- un estándar de racionalidad, licitud y juridicidad que debía no sólo imperar las relaciones internacionales, sino que además impregnar los sistemas jurídicos internos.

El Derecho de Consumo no se encuentra ajeno a este fenómeno, por lo que sus instituciones, reglas y principios han venido siendo integradas, interpretadas y aplicadas, a la luz de los derechos humanos a partir de la postmodernidad. El propósito de este trabajo por

² ISLER SOTO (2019) pp. 51-63.

³ AGUILAR CAVALLO (2016) p. 20.

⁴ AGUILAR CAVALLO (2016) p. 20.

⁵ BARCIA LEHMANN (2014) p. 62.

lo tanto radica en examinar los mecanismos por los cuales tal adecuación se produce, precedida por una reseña al carácter vinculante de las garantías señaladas.

1. Los Derechos Humanos: No Sólo Subsidiarios

De acuerdo a NOGUEIRA ALCALÁ, los derechos fundamentales corresponden al “conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, la igualdad y la seguridad humanas en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de estos”⁶.

Ahora bien, si al Derecho Común decimonónico se le atribuía tradicionalmente una naturaleza subsidiaria, no comparte tal carácter este nuevo derecho universal. En efecto, la supletoriedad de la voluntad de las partes y de estatutos especiales propia del Derecho Privado, es abandonada por el derecho de los derechos humanos. Estos últimos deben ser respetados cualquiera sea la relación jurídica en la cual se enmarquen, y con independencia de si el Estado -o los Estados- los enuncia de manera explícita⁷.

Se trata así de un orden imperativo⁸ superior que descansa en la necesidad de resguardar la indemnidad del ser humano y sus garantías esenciales, y que exige además un reconocimiento que vaya más allá de prescripciones locativas concretas, lo que motivó el tránsito de la protección desde la esfera nacional a una internacional y regional⁹. De ello se derivan importantes consecuencias, entre otras la autonomía de su interpretación¹⁰ y la eficacia vertical y horizontal, como se verá más adelante.

2. La Proyección de los Derechos Humanos Hacia la Relación de Consumo

⁶ NOGUEIRA ALCALÁ (2015) p. 306.

⁷ Los derechos humanos se aplican con independencia de si se encuentran o no reconocidos en un texto legal, constitucional o convencional: AGUILAR CAVALLLO (2016) p. 15.

⁸ No obstante, es posible que en determinados casos se presenten conflictos de derechos humanos. Acerca de su efectiva procedencia y sus mecanismos de resolución: ALDUNATE (2005) pp. 69-78; BACIGALUPO (1987) pp. 83-98; CHARRIA SEGURA (2013) pp. 97-111; GARCÍA-HUIDOBRO (2005) pp. 61-68; KAZOR ALISTE (2009) pp. 251-258; ORREGO SÁNCHEZ (2010) pp. 311-342.

⁹ CASTAÑEDA (2018) p. 24. Explica MAUREIRAPACHECO (2006) p. 288: “Esta comunidad se encuentra inmersa en otra que es la representada por el *ius gentium* o derecho internacional. Mientras el elemento de unidad más eminente del derecho estatal es el derecho del Estado soberano, en el derecho internacional desempeña tal papel la contemporánea doctrina de los Derechos Humanos, pero, al igual que al *ius gentium*, a ello le falta la

La relación de consumo no se encuentra ajena a la influencia del derecho de los derechos humanos. Al contrario, las reglas, principios y directrices que la gobiernan, reconocen explícitamente sus prescripciones o bien se someten a él mediante la derivación de normas implícitas. Lo interesante en este punto es que por una parte, el Derecho de Consumo constituye un vehículo social de protección de las garantías esenciales¹¹ -como se verá el consumidor es titular de derechos básicos y destinatario de prestaciones esenciales-, y por la otra, constituye también Derecho Común, toda vez que recibe una amplísima aplicación práctica. Como señala PINOCHET OLAVE, “si consideramos el altísimo número de contratos de consumo dentro del total de la contratación que se efectúa en cada ordenamiento jurídico, veremos que en la práctica los contratos de consumo constituyen la verdadera regla general en materia de contratación e integran, en consecuencia, la noción de Derecho común y general, que compone la esencia del Derecho Civil, tal como lo conocemos hoy en día”¹². De ahí que su traslado al Código Civil -§§ 474 y ss. BGB, Alemania; Libros VI y VII, CC Holanda; Sección 419 y siguientes; 1315 y siguientes, 1810 y siguientes, CC, República Checa- implique un alejamiento del liberalismo que justificó la codificación decimonónica¹³.

Ahora bien, la conjunción de estos dos Derechos Comunes -el de los derechos humanos y el de la relación de consumo- se ha venido produciendo mediante diversas técnicas y procesos, tres de las cuales se pasan a comentar.

fuerza necesaria para imponerse. (...) La fuerza del derecho ya no es la de su naturaleza, sino la de los principios en los que se sostiene y, fundamentalmente, del advertido como general por Kant, libertad”.

Por tal razón, según AGUILAR CAVALLO (2016) p. 15, la fuente formal que contiene el derecho fundamental -ley, constitución, tratado internacional- no sería relevante al momento de interpretar un derecho fundamental, puesto que correspondería a una categoría analítica distinta.

SCHLOTTHAUER (2018) p. 121.

¹²PINOCHET OLAVE (2008) p. 19. También señala WAJNTRAUB (sin año) p. 1: “hoy es difícil pensar, por lo menos el derecho privado, sin pasar por el tamiz del derecho del consumidor”.

¹³HESSELINK (2014) p. 35; HINESTROSA (2018) p. 16. SIRENA (2005) p. 272 estima que la incorporación del Derecho de Consumo a los CC, implicaría la contaminación de estos últimos por instituciones, lenguaje y reglas distintas a su diseño original. Acerca de los procesos de incorporación del Derecho de Consumo en los CC se puede revisar: ISLER SOTO (2019) pp. 140-173.

2.1. La Fuerza Expansiva de los Derechos Humanos

La incidencia de los derechos humanos en el estatuto aplicable a la relación de consumo se puede reconocer en primer lugar en su carácter de directriz orientadora de constituyentes, legisladores y juristas. En este caso no nos enfrentamos a la aplicación directa de las garantías esenciales en el vínculo jurídico, sino que a la redirección de órdenes vigentes, atendido a que los propios Estados han decidido ajustar sus prescripciones a este nuevo estándar ético y moral.

Así, por ejemplo, es posible advertir que los tratados internacionales y particularmente los que dicen relación con los derechos humanos, han sustentado la vigencia de un principio general *pro homine* que redireccionó el derecho interno hacia la persona¹⁰ desplazando al patrimonio como centro de principal de atención incluso en el Derecho Privado Patrimonial, fenómeno que ha alcanzado al legislador, intérprete y al foro consumeril. Así, en Argentina, a propósito del diálogo de fuentes que se ha implementado a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, BAROCELLI señala que tal proceso, debe acogerse a ciertos principios informantes, tales como el respeto por los derechos humanos y la interpretación *pro homine*¹¹.

Algunos ejemplos de lo anterior los encontramos en los límites a las prácticas de cobranza extrajudicial en resguardo de la integridad psicológica del deudor moroso (Art. 37 LPDC, Chile), la prohibición de comercializar videojuegos con imágenes violentas a menores, el rechazo de la publicidad sexista u ofensiva hacia colectivos vulnerables, etc. En todos estos casos, se supedita la eficiencia económica al resguardo de intereses a los cuales se atribuye una jerarquía mayor.

2.2. La Eficacia Vertical y Horizontal

¹⁰ SCHÖTZ (2013) p. 117; TOLOSA VILLABONA (2017) p. 15. En Chile, el principio *pro homine* o favor persona se encuentra actualmente reconocido en Art. 1 y 5 CPR; NOGUEIRA ALCALÁ (2015) p. 314.

¹¹ BAROCELLI (2015) p. 15. ¹⁶CORRAL TALCIANI (2018) p. 6; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2004) p. 213.

El estatuto regulador de la relación de consumo se ha adecuado al de los derechos humanos a través de la atribución a estos últimos de eficacia no sólo vertical (reclamables ante el Estado), sino que también horizontal (reclamables entre particulares)¹⁶.

En este segundo contexto, la defensa de la discutida aplicación directa de las garantías esenciales¹², les otorga un imperio que excede la tipificación estatal, en una reinterpretación contemporánea del *ius naturalismo* y que NOGUEIRA ALCALÁ, fundamenta en la noción de dignidad humana: “La dignidad humana constituye así el mínimo invulnerable del ser humano que el ordenamiento jurídico debe asegurar respecto de cada uno y todos los derechos fundamentales, los cuales tienen en ella su fundamento y base sustantiva, en la medida que todos ellos contribuyen a desarrollar ámbitos propios de la dignidad humana”¹³. Los derechos humanos podrían reclamarse así, de manera inmediata en las relaciones internas públicas y privadas, y con independencia de si han sido positivados por un constituyente o legislador. Los Estados, individual o concertadamente (tratados) sólo declararían su existencia previa y superior.

En Chile, la judicatura acogió tal doctrina a propósito de la cobranza extrajudicial, en el marco de una relación de consumo. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago recientemente, reconoció la vigencia previa de principios superiores aún antes de la entrada en vigencia de la Ley 21320 que los tipificó: “Que si bien la norma transcrita fue introducida a la Ley 19.496 por la Ley 21.320 y entró en vigencia el 20 de abril de este año, no puede esta Corte desconocer que la forma en que se efectuó la cobranza extrajudicial por las recurridas al actor no se ajustó a los principios de proporcionalidad, razonabilidad, respeto a la dignidad, a la integridad psíquica del consumidor y a la privacidad de su hogar, los que pese a no haber estado plasmados a esa fecha en una disposición legal, son inherentes a una actuación de este tipo y debieron ser respetados por las recurridas siempre” (C. Ap. Santiago, Ing. 71720-2020,

19 de mayo de 2021, Recurso de protección, Aguilar González/ Promotora CMR Falabella S.A. y Estudio Jurídico GNA Abogados).

2.3. El Reconocimiento Estatal y Convencional Expreso a los Derechos Fundamentales

¹² Acerca de la eficacia vertical y horizontal (directa/indirecta) de los derechos humanos: CAAMAÑO ROJO (2006) pp. 24-25; MARSHALL BARBERÁN (2010) pp. 44-53; NOGUEIRA ALCALÁ (2005) pp. 15-64.

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ (2015) p. 304.

Finalmente la integración de las garantías esenciales y de interés general en los sistemas de protección de los consumidores se logra mediante su reconocimiento positivo a nivel normativo.

2.3.1. Tipificación de Reglas y Principios Vinculados a los Derechos Humanos

Una primera técnica para lograrlo, radica en la inclusión en los estatutos reguladores de la relación de consumo, de reglas destinadas a reconocer, promover y resguardar garantías esenciales. Es verdad, que los estatutos de protección del consumidor contienen un importante componente de protección patrimonial -publicidad engañosa garantías de conformidad-, pero también es cierto que a la vez procura -más relevante aún- resguardar bienes jurídicos y prerrogativas de carácter extrapatrimonial, entre ellos la integridad física y síquica del ser humano y los derechos de la personalidad¹⁴.

En consideración a lo anterior, los legisladores instituyen al consumidor en titular de derechos calificados de “básicos”¹⁵ tales como la vida, la salud, la seguridad, la educación y la no discriminación arbitraria. Una de las peculiaridades de estas garantías radica en su legitimidad amplia, que permite que no sólo son reclamables ante el Estado sino que también frente a particulares, y pueden gozar de ellos, tanto el consumidor material, como el jurídico, el concreto y el abstracto. No se requeriría así de la celebración de un contrato de consumo, para que nazca su exigibilidad.

Otro ejemplo los encontramos en la sanción de la publicidad abusiva esto es, la que vulnera “garantías constitucionales o derechos de la personalidad moral del consumidor”¹⁶, como podría ser por ejemplo la que discrimina en razón de la edad, sexo, costumbre, nacionalidad o religión. Lo propio puede mencionarse respecto de los deberes preventivos destinados a precaver daños a la integridad causados por un producto defectuoso (Recall, Retiros de productos, Alertas de Seguridad).

2.3.2. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

¹⁴ Acerca de los atentados a la dignidad del consumidor y su proyección en la responsabilidad civil: BARRIENTOS CAMUS (2017).

¹⁵ Se distinguen los derechos básicos y los que no tienen tal carácter. Los primeros se atribuyen tanto al consumidor material -quien disfruta o utiliza el bien o servicio- como al jurídico -quien contrata con el proveedor-. Los segundos en tanto se conceden a ciertos y determinados individuos, como podría ser, por ejemplo, el comprador en la garantía legal. Al respecto se puede revisar: JARA AMIGO (1999) p. 62; ISLER SOTO (2019) pp. 196-198.

¹⁶ LÓPEZ DÍAZ (2020) p. 37.

Ya se señaló que el reconocimiento de los derechos humanos pasó de ubicarse en los derechos internos, para cobijarse en instrumentos de una aplicación que exceda el territorio de un solo Estado. Los tratados internacionales así, ya no son considerados únicamente como estatutos reguladores de relaciones jurídicas supranacionales, sino que por sobre todo, de aplicación directa a los vínculos internos, aún sin necesidad de norma especial que las concrete, fenómeno que alcanza relaciones jurídicas de todo tipo, incluidas las de Derecho Privado.

En Chile, actualmente la doctrina de la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales¹⁷ precisamente se ha venido sustentando en la mención de “los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” reconocidos en tratados internacionales o bien en la Constitución como límites a la soberanía nacional (Art. 5 inc. 2 CPR).

Tal contexto permite defender la vigencia inmediata de las prescripciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los vínculos jurídicos que se forman entre consumidores y proveedores, tesis que ha permitido incluso resolver importantes deudas que el legislador nacional mantiene con los consumidores sometidos al ordenamiento chileno. Así, por ejemplo, incluso antes de la entrada en vigencia de la Ley 21.398 (24 de diciembre de 2021) que incorpora en la parte dogmática de la LPDC, el principio pro consumidor, en su dimensión interpretativa, COLMAN VEGA, ya había defendido su procedencia, derivándolo de *pro homine* que trasunta detrás de los tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁸.

PINOCHET OLAVE en tanto, advirtiendo la ausencia en el ordenamiento chileno de consumo, de un reconocimiento específico a estándares de conducta enfocados al resguardo de consumidores que puedan encontrarse aquejados por alguna circunstancia que agrave la vulnerabilidad que presuntamente tienen respecto del proveedor (consumidores vulnerables, hipervulnerables, de vulnerabilidad agravada, etc.), ha propuesto la reinterpretación de todo el sistema jurídico de consumo -LPDC y su normativa complementaria- a partir de los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren actualmente vigentes (Art. 5 CPR)¹⁹, declaración que ha motivado su propia calificación como un caso de control de convencionalidad y que incluso ha facilitado

¹⁷ CORRAL TALCIANI (2018) p. 6; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2004) p. 213.

¹⁸ COLMAN VEGA (2018) p. 177.

¹⁹ PINOCHET OLAVE (2019) p. 67.

la sustentación jurisprudencial del principio de indemnidad, aún en ausencia de enunciación típica particular. En aplicación de lo anterior, por ejemplo, el autor ha defendido la relectura de la LPDC y su normativa complementaria a partir de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las personas mayores, cuyo rango constitucional se desprende del Art. 5 CPR²⁰.

Conclusiones

A partir de los Siglos XX y XXI fundamentalmente, los sistemas normativos han experimentado diversos procesos por los cuales se moraliza la relación jurídica, mediante su orientación hacia la persona y ya no primariamente hacia el patrimonio. En el desarrollo de este fenómeno ocupa un lugar central, el reconocimiento y promoción de los derechos humanos, cuyas prescripciones han impregnado no sólo los órdenes transnacionales sino que también los internos.

Lo anterior ha alcanzado desde luego al Derecho de Consumo -también un derecho postmoderno- cuyas instituciones, reglas y principios han venido adecuándose progresivamente al derecho de los derechos humanos. Ello se reconoce en primer lugar en el ajuste de las normas positivas de carácter estatal y convencional, en la atribución de una eficacia directa a las garantías esenciales, en la consagración en los propios estatutos reguladores de la relación de consumo de instituciones destinadas a la protección de la dignidad de la persona y los derechos de la personalidad, así como en la vigencia directa de los tratados internacionales sobre garantías esenciales.

Referencias Bibliográficas

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo (2016): “Principios de interpretación de los Derechos Fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva serie, año XLIX N° 146*, pp. 13-59.

ALDUNATE, Eduardo (2005): “La colisión de derechos fundamentales”, *Revista Derecho y Humanidades N° 11*, pp. 69-78.

BACIGALUPO, Enrique (1987): “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *Revista Española de Derecho Constitucional N° 20*, pp. 83-98.

²⁰ PINOCHET OLAVE (2019) p. 67.

Isler Soto, Erika. Incidencia del derecho de los derechos humanos en los estatutos reguladores de la relación de consumo

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 170-182. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

BARRIENTOS CAMUS, Francisca (2017): “Proyecto de ley del Sernac ¿regulación de los daños morales colectivos o un colectivo de daños morales individuales”, en <http://www.laleyaldia.cl/?p=2102>.

CAAMAÑO ROJO, Eduardo (2006): “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVII, Semestre I*, pp. 19-44.

CASTAÑEDA, Mireya (2018): *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional* (México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2014): “Algunas críticas al Derecho Común y especialmente a la regulación de las incapacidades respecto del adulto mayor en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado N° 23*, pp. 57-86.

CHARRIA SEGURA, Juan Manuel (2013): “La ponderación como método para resolver conflictos de principios y derechos laborales y de seguridad social. El caso colombiano”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Vol. 4 N° 7*, pp. 97-111.

COLMAN VEGA, Luis (2018): “La primacía de la realidad en las relaciones financieras de consumo”, en CARRASCO BLANC, Humberto (Ed.): *Estudios de Derecho del Consumidor* (Santiago, Rubicón), pp. 167-186.

CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): “Constitucionalización del derecho civil, neoconstitucionalismo y activismo judicial”, *Revista de Derecho aplicado LLM UC N° 2*, disponible en <http://ojs.uc.cl/index.php/RDA/article/view/149>.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2004): “Constitucionalización del derecho civil. Eficacia horizontal y renunciabilidad de los Derechos fundamentales”, *Temas de Derecho* 19, pp. 207–243.

GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín (2005): “Los conflictos de derechos”, *Revista Derecho y Humanidades N° 11*, pp. 61-68.

HESSELINK, Martijn W. (2014): “Post-Private Law”, PURNHAGEN, Kai; ROTT, Peter (Ed.): *Varieties of European Economic Law and Regulation* (London, Springer) pp. 31-41.

HINESTROSA, Fernando (2018). “Actualización y unificación del Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado Universidad del Externado de Colombia N° 35*, pp. 5-17.

Isler Soto, Erika. Incidencia del derecho de los derechos humanos en los estatutos reguladores de la relación de consumo

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 170-182. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

ISLER, Erika (2019): *Derecho de Consumo: nociones fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch).

KAZOR ALISTE, Kamel (2009): “La acción de protección: ¿técnica de solución de antinomias de derechos fundamentales?”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 16 N° 2*, pp. 251-258.

JARA AMIGO, Rony (1999): “Ámbito de aplicación de la Ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones”, en CORRAL TALCIANI, Hernán (Ed.): *Derecho del Consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. Cuadernos de Extensión* (Santiago, Universidad de los Andes) pp. 47-74.

LÓPEZ DÍAZ, Patricia (2020): “La publicidad comercial como fenómeno jurídico: una aproximación general desde el derecho chileno”, *Revista Ius et Praxis Año 26, N° 3*, pp. 23-44.

MAUREIRA PACHECO, Max (2006): “La tripartición romana del Derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la Época Moderna”, *Revista de Estudios Histórico-jurídicos XXVIII*, pp. 269-288.

MARSHALL, Pablo (2010): “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”, *Estudios Constitucionales Año 8 N° 1*, pp. 43-78.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2005): “Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los Derechos Fundamentales”, *Revista Ius et Praxis Vol. 11 N° 2*, pp. 15-64.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2015): “El Bloque Constitucional de Derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales Año 13 N° 2*, pp. 301-350.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (2010): “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, *Revista Chilena de Derecho Vol. 37 N° 2*, pp. 311-342.

PINOCHET OLAVE, Ruperto (2008) “¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma?”, en GUZMÁN BRITO, Alejandro (ed.): *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, LegalPublishing) pp. 9-20.

PINOCHET OLAVE, Ruperto (2019): “El consumidor y la tercera edad: ¿una tutela diferente?” en Ferrante, Alfredo (Dir.) *Venta y Protección del Consumidor. Una visión a través del caleidoscopio latinoamericano* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 63-89.

Isler Soto, Erika. Incidencia del derecho de los derechos humanos en los estatutos reguladores de la relación de consumo

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 170-182. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

SCHLOTTHAUER, Pablo (2018): “Las personas con necesidades alimentarias especiales como consumidores hipervulnerables”, en BAROCELLI, Sergio Sebastián (Dir.) *Consumidores Hipervulnerables* (Buenos Aires, El Derecho) pp. 119-148.

SCHÖTZ, Gustavo (2013): “El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”, *Ars Iuris Salmanticensis Vol 1*, pp. 115-150.

SIRENA, Pietro (2005): “La integración del derecho de los consumidores al Código Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 58, pp. 229-272.

TOLOSA VILLABONA, Luis Armando (2017) “De los principios del Derecho Obligacional y Contractual contemporáneo”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos N° 19(2)*, pp. 13-61.

WAJNTRAUB, Javier (sin año): “El ámbito de aplicación del Derecho del Consumidor: la relación de consumo”, disponible en <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/11/comercial-doctrina2014-11-04.pdf>

EFETIVAÇÃO DOS TÍTULOS ESTRANGEIROS E A CONVENÇÃO DE SINGAPURA: VALORIZAÇÃO DA DESJUDICIALIZAÇÃO EM ÂMBITO INTERNACIONAL

The Enforcement of Foreign Settlements and the Singapore Convention: the Importance of Desjudicialization in International Context

Flávia Pereira Hill¹

Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

flaviapereirahill@gmail.com

Diego El-Jaick Rapozo²

Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

diego.eljaick@faleck.com.br

Ana Cláudia Rodrigues Theodoro³

Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ

anatheodoro.adv@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.62140/FHDRAT644647972>

¹ Professora Associada de Direito Processual da Uerj e Professora do PPGD da Unesa. Doutora e Mestre em Direito Processual pela Uerj. Pesquisadora Visitante da Universidade de Turim, Itália. Membro da Abep, IBDP, Abec, IAB, ICPC, do Fórum Permanente de Processo Civil da Emerj e da Associação Italiana de Direito Comparado. Delegatária de cartório extrajudicial no estado do Rio de Janeiro.

² Associado sênior da Faleck & Associados. Advogado. Coordenador de Projetos de Indenização Mediada e coordenador de Iniciativa de Acordos. Mestrando em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui LLM em Direito corporativo pelo Ibmecc. Pós-graduação *latu-sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Graduação pela Universidade Cândido Mendes.

³ Mestranda em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Elpidio Donizetti. Pós-graduada em Direito Imobiliário pela Escola Paulista de Direito. Advogada. Professora universitária. Mediadora de conflitos com atuação judicial e privada.

Recebido em: 07/12/2022

Aprovado em: 07/01/2023

Sumário: 1. Introdução; 2. A Convenção de Singapura; 3. O fomento da desjudicialização a partir da efetivação executiva de títulos extrajudiciais estrangeiros; 4. O efeito pedagógico da Convenção de Singapura nas relações econômicas internacionais; 5. A contribuição positiva da Convenção de Singapura; Considerações Finais.

Resumo: O artigo almeja, mediante revisão bibliográfica e documental, analisar a importância da Convenção de Singapura para o fortalecimento dos métodos consensuais extrajudiciais de resolução de conflitos em âmbito internacional e o seu potencial para incrementar a segurança jurídica e a efetividade da execução transfronteiriça de acordos e o incremento do comércio internacional. Analisar-se-á, ainda, a aptidão da Convenção para estimular que a mediação extrajudicial seja, no futuro, preferencialmente adotada em outras searas, além das relações comerciais, contribuindo para o fenômeno da desjudicialização em escala global.

Palavras-chave: Convenção de Singapura; Acordos internacionais; Desjudicialização; Mediação comercial.

Abstract: The article aims to analyze, through a bibliographical and documental revision, the importance of the Singapore Convention to the strengthening of the alternative dispute resolution in an international context and its potential to increase the juridical security, the efficiency of the enforcement of transnational settlements and the international commerce. The article also analyzes the possibility that the Convention encourages the use of extrajudicial mediation worldwide not only in commercial matters, but also in other important subjects.

Keywords: Singapore Convention; International Settlements; Desjudicialization; Commercial mediation.

1. Introdução

Em razão do fenômeno da internacionalização das relações sociais nas últimas décadas, a circulação de pessoas, a comercialização de produtos e serviços em níveis

transnacionais por efeito dos avanços tecnológicos, bem como a facilitação do acesso geográfico mundial, atingem números elevados a cada ano⁴.

Dessas relações comerciais resultam conflitos inerentes à natural interação entre os indivíduos e à vida em sociedade, de forma que culminarão em situações jurídicas que não podem ser tratadas nos limites territoriais de um único país e, portanto, relativas ações judiciais demandarão a coordenação entre tribunais de diferentes Estados.

Todavia, as controvérsias características do direito transnacional carregam o fator complexo da reunião de diferentes estruturas de sistemas jurídicos cingidos pelo princípio da soberania. Desse complexo contexto, emerge a crise de efetividade na execução, perante o Poder Judiciário nacional, de acordos celebrados em decorrência de mediação em contratos comerciais que extrapolam as fronteiras nacionais, frustrando a execução transfronteiriça.⁵

Em vista disso, embora os meios consensuais sejam empregados institucionalmente em diversos países há décadas, no direito internacional a desjudicialização e a mediação começam a ter aplicação mais recentemente em razão de uma necessidade que emerge da própria sociedade contemporânea e globalizada, de uma resolução mais célere, efetiva e adequada dos conflitos, bem como da garantia e proteção de direitos a partir do acesso à justiça⁶ em escala global.⁷

Nesse contexto, emerge a importância da Convenção de Singapura ou Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Comerciais Internacionais de Transação resultantes da Mediação foi elaborada pelo Grupo de Trabalho II, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, (UNCITRAL, na sigla em inglês), que conta com a participação de 85 Estados Membros e foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de dezembro de 2018, e assinada em Singapura, aos 7 de agosto de 2019.⁷

⁴ HILL, Flávia Pereira. *O Direito Processual Transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI*. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2013. pp. 34-43.

⁵ MOSCHEN, V. R. B. *A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura (2018)*. Revista Vox, [S. l.], n. 13, p. 68-96, 2022. Disponível em: <https://www.fadileste.edu.br/revistavox/index.php/revistavox/article/view/25>. Acesso em: 16 fev. 2023, p. 72.

⁶ Nesse sentido: “□ consubstanciação do movimento da desjudicialização, desnacionalização e do empoderamento das partes trouxe para a seara da harmonização do direito internacional a necessidade de compreender a justiça para fora do Poder Judiciário, ou seja, um acesso à justiça transnacional extramuros. A solução da controvérsia governada não por uma predefinição normativa, mas, pela própria pacificação lograda através da autonomia autocompositiva das partes com o auxílio de um mediador.” Ibid., p. 5. ⁷ Ibid., pp. 2,3.

⁷ “□ Convenção está alinhada com a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Mediação Comercial Internacional e Acordos Internacionais Resultantes da Mediação, 2018. O objetivo desta abordagem é dar aos Estados flexibilidade na aprovação da Convenção e/ou Modelo de Lei como textos independentes, ou ambos os textos como instrumentos complementares de um quadro jurídico abrangente sobre a mediação. ORGANIZAÇÃO

Atualmente com ratificações e adesões formalizadas por 10 países, dentre 55 países signatários,⁸ a Convenção de Singapura surgiu como uma solução para a dificuldade factual na execução transfronteiriça dos acordos decorrentes de mediação. Merece destaque que aderiram à Convenção países que figuravam entre as maiores economias do mundo no ano de 2022, tais como Estados Unidos, China, Índia e Brasil.⁹

No presente artigo, após a análise do âmbito de aplicação e das principais regras estabelecidas na Convenção, examinar-se-á criticamente a importância da Convenção para o incremento: (i) da desjudicialização, estimulando a adoção de métodos de resolução de conflitos que dispensem a intervenção do Poder Judiciário; (ii) da autocomposição, prestigiando o acordo oriundo da mediação; (iii) da efetividade da execução, ao trazer regras a serem observadas pelos Estados signatários em prol da efetivação dos acordos de mediação em comércio internacional; e (iv) no futuro, o seu potencial para propiciar a adoção da mediação extrajudicial internacional em outras matérias, além do âmbito comercial, inaugurando, assim, uma nova fase do Direito Processual em escala global.

2. A Convenção de Singapura: Âmbito de Aplicação e Disposições Gerais

A Convenção se limita aos acordos internacionais resultantes da mediação que tenham sido celebrados por escrito pelas partes a fim de resolver uma controvérsia comercial. Excluem-se, portanto, os acordos celebrados que compreendam transações nas temáticas de consumo individual, direito da família, direito das sucessões ou direito do trabalho. Por se restringir a litígios internacionais, faz-se necessário que as partes estejam sediadas em países diversos.

A Convenção estabelece os requisitos às partes para a execução do acordo celebrado, cabendo à parte lesada solicitar ao tribunal do Estado signatário a liquidação do acordo.

DAS NAÇÕES UNIDAS. *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* Disponível em: <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status> Acesso em: 14 fev. 2023.

⁸ Nesse sentido, cumpre destacar que a obrigatoriedade da observância da Convenção de Singapura consiste em relação aos países que já a ratificaram por meio de procedimentos legislativos internos do próprio Estado tornando-a formalmente vinculativa, constituindo portanto, os países Bielorrússia, Equador, Fiji, Geórgia, Honduras, Cazaquistão, Catar, Arábia Saudita, Singapura e Turquia. Os demais países signatários, embora sem força formal vinculativa, evidenciam a posição em favor do tratado e a disposição em efetivá-lo. Ibid.

⁹ PODER 360. *Brasil volta ao top 10 no ranking de maiores economias do mundo*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/brasil-volta-ao-top-10-no-ranking-de-maiores-economias-domundo/> Acesso em 01 fev. 2023.

O acordo deve estar devidamente assinado pelas partes e pelo mediador, na ausência dessa última, o acordo deve acompanhar o atestado da instituição administradora para fins de evidenciar que o respectivo documento é oriundo de mediação, bem como deve acompanhar a tradução do acordo ou qualquer documento que comprove que os requisitos da Convenção foram cumpridos. Destaca-se a disposição expressa da convenção para que o tribunal do Estado de destino, onde tramitará a execução do acordo, responda ao pedido com celeridade.

Com propriedade, a Convenção estabelece que o acordo não será executado se demonstrada a parcialidade do mediador. Com efeito, consagra-se internacionalmente a imparcialidade do terceiro que contribui para a solução do conflito como um dos princípios fundamentais do Direito Processual contemporâneo. Prova disso reside na previsão, logo no artigo 1º, da Imparcialidade dentre os Princípios de Direito Processual Transnacional elaborados pelo *American Law Institute* e do *Unidroit*.¹⁰ De forma semelhante, no Brasil, o artigo 1º, parágrafo único, e o artigo 2º, da Lei Federal nº 13.140/2015 preveem a imparcialidade do mediador como princípio norteador da mediação¹¹.

A Convenção viabilizou a mediação no Direito Comercial Internacional ao “fornecer às partes estrutura eficiente e uniforme para acordos internacionais, estabelecendo um quadro jurídico apto a oferecer segurança ao direito de invocar acordos de solução e execução”¹² ao facilitar o reconhecimento e a execução dos seus acordos transacionais internacionais.

De se destacar que a Convenção prevê que, em caso de pedido de anulação do acordo por qualquer dos contratantes, perante tribunal estatal ou arbitral, este poderá exigir caução antes de decretar a suspensão da eficácia do acordo. Trata-se de previsão salutar, que privilegia a eficácia do acordo e a vinculação das partes a seus termos, tornando a sua suspensão uma exceção à regra. A exigência de caução tem o condão de gerar maior responsabilidade das partes na formulação do pedido de suspensão da eficácia e evitar

¹⁰ AMERICAN LAW INSTITUTE. UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> Acesso em 01/02/2023.

¹¹ A União Europeia igualmente valoriza, de forma crescente, a mediação como método adequado de resolução de conflitos e, nessa esteira, privilegia a imparcialidade do mediador. A respeito da mediação na União Europeia e particularmente na Itália: HILL, Flávia Pereira. “A nova lei de mediação italiana”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. VII. 2010.

¹² ELIS VETSKY, Ilberto. M. RUM, Maria Victoria. “A Convenção de Singapura: uma grande contribuição para a mediação internacional e o direito processual civil dos países signatários”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. 23. N. 1. Janeiro-abril 2022, p.2.

aventuras judiciais voltadas precipuamente a postergar a execução do acordo livremente pactuado. Em última análise, a medida privilegia a boa-fé das partes e a sua livre manifestação de vontade contemplada no acordo (*pacta sunt servanda*), contribuindo, assim, para o sucesso da mediação comercial internacional.

O histórico da mediação na seara internacional divide-se em antes e depois da Convenção de Singapura, apropriadamente reputada como seu respectivo marco regulatório. Até a entrada em vigor da Convenção, não havia diretrizes voltadas a conferir efetividade e previsibilidade especificamente à execução transfronteiriça dos acordos internacionais comerciais oriundos de mediação.

Desse modo, o acordo constituía um documento que ostentava um grau de segurança limitado, sendo que, não raro, para a necessária efetivação do direito em disputa, a parte lesada teria que de submeter a prévio processo de conhecimento, em sede de arbitragem e ou perante o Poder Judiciário, resultando em delonga temporal, custos adicionais e deterioração da relação comercial antes estabelecida.¹³

Embora a Convenção não especifique nenhum procedimento para a efetivação dos acordos, ela faz referência à legislação do Estado de destino onde o acordo deve ser executado.

Sua finalidade é instituir um micro regime de execução relativamente simples e, acima de tudo conhecido e seguro, para que os acordos decorrentes de mediação em disputas comerciais internacionais sejam reconhecidos e investidos de força vinculativa para serem executados.

Desse modo, a Convenção de Singapura valida, efetiva e fomenta a utilização da mediação comercial em âmbito internacional. Como instrumento que facilita a resolução de conflitos e as transações oportuniza a segurança e a estabilidade,¹⁴ bem com, salvaguarda a manutenção das relações e atividades comerciais internacionais e fundamentalmente impulsiona a cooperação jurídica internacional.¹⁵

¹³ Ibid., pp. 3,4.

¹⁴ Ibid., p. 5.

¹⁵ MOSCHEN, V. R. B. *A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura (2018)*. *Revista Vox*, [S. l.], n. 13, p. 68–96, 2022. Disponível em: <https://www.fadileste.edu.br/revistavox/index.php/revistavox/article/view/25>. Acesso em: 16 fev. 2023, p. 76.

A Convenção de Singapura é reconhecida no meio jurídico como talvez o instrumento internacional mais importante até hoje em promoção da mediação internacional. O tratado institui a mediação como um valioso instrumento para a celebração de acordos com possibilidade de execução e que concomitantemente promove uma nova concepção da resolução de conflitos internacionais a partir da desjudicialização, ou seja, prescindindo da intervenção do Poder Judiciário, harmoniza a liberdade, a autonomia das partes e a soberania estatal, e impulsiona a cooperação jurídica com a previsão de normas a serem aplicadas na execução perante o Poder Judiciário dos países signatários¹⁶.

3. O Fomento da Desjudicialização a Partir da Efetivação de Títulos

Extrajudiciais Estrangeiros

A desjudicialização, ou seja, a solução dos conflitos fora do Poder Judiciário a partir de uma justiça de múltiplas portas que abrange os meios consensuais de solução de conflitos, constitui uma tendência verificada em diferentes partes do mundo, inclusive no Brasil.

Consoante abordamos anteriormente, a transformação social ocorrida nas últimas décadas, com progressivas instituições das relações internacionais na sociedade contemporânea, que já incorporou no dia-a-dia práticas afetas à conexões transnacionais, têm sido nascedouro natural de conflitos cada vez com maior grau de complexidade.

Essa nova realidade social em conjunto com a sobrecarga dos sistemas judiciários de diversos países, a partir do protagonismo da jurisdição estatal na função de pacificação dos conflitos e harmonização social, resulta em Judiciários nacionais sobrecarregados e ineficientes. Desse modo, processualistas de todo o mundo têm se dedicado ao estudo e à defesa da desjudicialização e ao fortalecimento a sistematização da autonomia da vontade nos sistemas jurídicos nacionais.¹⁷

Com a Convenção de Singapura, a desjudicialização extrapola as fronteiras nacionais e alcança uma perspectiva internacional a partir da mediação, agora com o reconhecimento

¹⁶ ELISAVETSKY, Alberto. MARUM, Maria Victoria. “A Convenção de Singapura: uma grande contribuição para a mediação internacional e o direito processual civil dos países signatários”. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 23. N. 1. Janeiro-abril 2022, pp. 3,4,7.

¹⁷ MOSCHEN, V. R. B. *A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura (2018)*. Revista Vox, [S. l.], n. 13, p. 68–96, 2022. Disponível em: <https://www.fadileste.edu.br/revistavox/index.php/revistavox/article/view/25>. Acesso em: 16 fev. 2023, p. 71.

dos acordos decorrentes da mediação passíveis de execução por procedimento mais célere e simples.

Nesse sentido, firma-se a desjudicialização em âmbito internacional como meio de acesso efetivo à Justiça Multiportas à solução das controvérsias comerciais. Nessa perspectiva, o mundo pode contemplar a desjudicialização por meio da mediação extrajudicial que pouco a pouco poderá se revelar instrumento efetivo à promoção da justiça extramuros.¹⁸

Com a concretização da desjudicialização internacionalmente, a Convenção de Singapura expande o seu mérito para além da sua aplicação, pois poderá se transformar em importante instrumento catalisador da compreensão e da aceitação dos meios adequados e da desjudicialização em todo o mundo, fortalecendo, inclusive, a cooperação jurídica e a harmonização internacional nos temas aos quais atine.

Repercussão de valoração e confiabilidade semelhante consistiu o reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras a partir da Convenção de Nova York de 1958, que foi importante dinamizadora da aceitação da arbitragem em todo o mundo como fidedigno meio em prol da desjudicialização, até mesmo para além das disputas comerciais transfronteiriças.¹⁹

O direito comercial, por sua natureza e manifesta autonomia negocial das partes envolvidas, trata-se da primeira fronteira da desjudicialização, mais rapidamente aceita no corpo social, contudo, a expansão da sua a aquiescência é um movimento desejável para outras áreas relacionais como consumo, família e sucessões.

4. O Efeito Pedagógico da Convenção de Singapura nas Relações

Econômicas Internacionais

A aderência dos principais atores da economia à Convenção de Singapura e o número considerável de países com posições políticas, jurídicas e até econômica díspares e divergentes, revelam na valorização do consenso um ponto de interseção.

¹⁸ Ibid., p. 73.

¹⁹ LIM, George. *Assinar, ratificar e implementar a Convenção de Cingapura sobre Mediação*. Disponível em: <<https://www.icfml.org/wp-content/uploads/2021/08/6.2-Assinar-ratificar-e-implementar-a-Convenção-deCingapura.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2023.

Evidencia-se um reforço do movimento global ao fortalecimento do consenso e o ambiente extrajudicial e autocompositivo como preferencial para a solução de controvérsias complexas e de valores vultosos, como é o caso dos litígios comerciais internacionais.

Essa predileção indica um efeito pedagógico em prol da autocomposição, no sentido de que na “comunidade comercial internacional”, melhores conceituados serão aqueles que demonstrarem valorização e cumprirem espontaneamente os pactos firmados, caso contrário o Poder Judiciário dos países signatários atuarão com prontidão e rigor para fazê-los valer.

Esse efeito pedagógico pode impactar positivamente o cumprimento dos acordos, bem como a consolidação dos meios consensuais e da desjudicialização. Lado outro, aqueles que demonstrarem desconsideração aos pactos firmados tenderão a serem percebidos negativamente nessa comunidade internacional como aqueles a quem não se deva estabelecer relação, negociar ou se comprometer.²⁰

5. A Contribuição Positiva da Convenção de Singapura

A Convenção de Singapura tem potencial para contribuir positivamente nas relações comerciais internacionais como instrumento propulsor da economia nos países signatários, por possibilitar às partes a construção conjunta de uma solução por meio de uma resolução “amigável”, à parte do Judiciário, mais célere e barata, consoante expressa o documento. A autocomposição comercial internacional enseja o diálogo, o reconhecimento recíproco dos interesses com o auxílio de um terceiro mediador sem poder decisório ou de coação.

Conclui-se, portanto, que a Convenção de Singapura configura fator de efetivação da liberdade comercial e da autonomia da vontade, adequando-se com eficiência ao dinamismo próprio das relações comerciais internacionais.²¹

²⁰ “Com a Convenção de Singapura – uma convenção processual destinada à promoção da cooperação jurídica internacional – um regime jurídico promotor da execução dos termos pactuados através da mediação é regulado. Princípios e regras gerais foram elaborados, com a finalidade de promoção da mobilidade e independência das soluções consensuadas frente à tradicional necessidade de duplos reconhecimentos pelos judiciários nacionais. Mesmo que o mote principal da Convenção de Singapura seja o estabelecimento de um mecanismo de implementação pública de acordos e decisões privadas, ela é representativa do processo de desjudicialização, ou, ao menos, de desnacionalização da aplicação do direito, cuja implementação, em última instância, será resultado do que foi pactuado pelas partes através do auxílio de um mediador, fortalecendo, assim, a ideia de um acesso à justiça multiportas ou extramuros.” MOSCHEN, V. R. B. *A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura (2018)*. Revista Vox, [S. l.], n. 13, p. 68–96, 2022. Disponível em: <https://www.fadileste.edu.br/revistavox/index.php/revistavox/article/view/25>. Acesso em: 16 fev. 2023, p. 75.

²¹ Boletim informativo do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Nupemec. Nota Técnica SEI no 39230/2020/ME. Edição 31 Set. 2020. Brasil assina a Convenção de Singapura sobre Mediação das Nações Unidas. Disponível em

A Convenção privilegia uma via que foge da lógica predominante da heterocomposição judicial que, em quase a totalidade dos países apresenta-se sobrecarregada, burocrática, dispendiosa, lenta e coeficiente de insegurança jurídica e econômica, diante de decisões divergentes e imprevisíveis, o que configura óbices à atração de capital estrangeiro no país.²² O tratado se desprende dos meandros burocráticos e às variabilidades de atuação inerentes ao Poder Judiciário nacional e traz dinamicidade, ao criar bases harmônicas e previsíveis para um acordo exequível.²³

No Brasil, os títulos extrajudiciais internacionais que não emanam do Judiciário de outros países estão revestidos de exequibilidade ao haver a dispensa de sua homologação judicial pelo Superior Tribunal de Justiça (artigo 784, §2º, CPC/2015).

A consolidação da Convenção é mais viável do que a consecução da harmonização de normas dos Judiciários de vários países, uma vez que envolveria o Estado-juiz e o princípio da soberania, assim sendo, a adesão de um país à Convenção pode representar um atrativo a investidores, empresas estrangeiras e transações comerciais ao país, pois a gera segurança quanto à exequibilidade dos acordos, possibilitando, inclusive, a inserção de cláusulas de mediação nos contratos comerciais internacionais.

Consequentemente, a assinatura da Convenção pode impactar a avaliação dos países signatários no que tange à facilitação da negociação em relatórios como o *Doing Business* do Banco Mundial, o qual afere, em 190 países, o ambiente seguro para os negócios.

Quesito significativo constante no referido relatório consiste na avaliação da legislação local quanto à solução de determinados problemas comerciais, bem como a delonga processual nos casos em que a resolução se limita ao Poder Judiciário.²⁵

Conferindo credibilidade aos meios desjudicializados de resolução de conflitos, o Banco Mundial tem considerado positivo o movimento global crescente de predileção pelo

<<https://brasil.un.org/pt-br/130591-brasil-assina-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-das-nacoesunidas>> Acesso em: 14 fev. 2023.

²² NOVAKOVSKI; Leonardo Dalla Costa. *Reflexos da assinatura da Convenção de Singapura pelo Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-15/novakovski-reflexos-assinatura-convencao-singapura-brasil>> Acesso em: 14 fev. 2023.

²³ “□ o aderir a Convenção de Singapura sobre mediação, são abertas portas para maior segurança jurídica no país, eis que investidores estrangeiros, por exemplo, não ficarão reféns do problemático e moroso Judiciário brasileiro. [...] em relações comerciais internacionais, as quais normalmente envolvem quantias da ordem de dezenas de milhões de reais, os empresários/controladores das companhias não veem com bons olhos o fato de ter de aguardar por décadas o deslinde de controvérsias. Não raras vezes, as empresas sequer podem aguardar

consenso e destaca que os meios adequados têm o potencial de impulsionar os negócios diante do fortalecimento das instituições jurídicas e facilitar o cumprimento de contratos.²⁶

Nesse sentido, para a classificação quanto ao ambiente facilitado aos negócios nos países listados, o relatório considera a resolução extrajudicial de disputas como um quesito e dentre os seis componentes, três envolvem a mediação. Demonstrando destaque ao reconhecimento da mediação voluntária como meio de resolução de conflitos comerciais, o Banco verifica se há previsão legal no Código de Processo Civil ou em lei esparsa abrangendo substancialmente todos os aspectos da mediação e se existem incentivos financeiros para as tão longo período de tempo para solucionar seu problema, sob risco de comprometer a manutenção das atividades empresariais destas.” Ibid.

²⁵ Na classificação que compreende a facilidade de fazer negócios no país, considerando além de outros assuntos, os quesitos i) Operando em um ambiente de negócios seguro e ii) Cumprimento de contratos de resolução de insolvência, (tradução livre), o Brasil ocupa a 124ª posição de 190, ficando atrás de Uganda, Cisjordânia e Gaza, Gana, Papua Nova Guiné, Eswatini, Lesoto e Senegal. Doing Business 2020. Comparing Business Regulation in 190 Economies. International Bank for Reconstruction and Development. The World

Bank, Washington, DC, 2020 pp. 3, 4. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>> Acesso em: 16 fev. 2023.

²⁶ GUEDES, Henrique Lenon Farias. Leveza e peso na mediação comercial internacional: o conteúdo jurídico do acordo corporativo mediado e sua incorporação pelo Direito brasileiro. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 15, n. 3, 2018 p323-342

partes que tentarem a mediação, como reembolso de custas processuais, crédito tributário ou similares.²⁴

²⁴ Cálculo do índice sobre a mediação como meio alternativo de resolução de disputas: “i) Whether voluntary mediation, conciliation or both are a recognized way of resolving commercial disputes. A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no. ii) Whether voluntary mediation, conciliation or both are governed by a consolidated law or consolidated chapter or section of the applicable code of civil procedure encompassing substantially all their aspects. A score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no. iii) Whether there are any financial incentives for parties to attempt mediation or conciliation (for example, if mediation or conciliation is successful, a refund of court filing fees, an income tax credit or the like). □ score of 0.5 is assigned if yes; 0 if no.” WORLD Bank. Doing Business 2018: reforming to create jobs. Washington, DC, 2018, p. 110. Disponível em: <<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2018Full-Report.pdf>> Acesso em: 16 fev. 2023.

À vista desses quesitos valorativos ao favorecimento dos negócios é possível constatar que a Convenção de Singapura impulsiona a atividade econômica no Estado-parte ou signatário, pois consiste em “um importante instrumento complementar à promoção da liberdade econômica, da segurança jurídica e da resolução célere e eficiente de controvérsias”.²⁵

Se a resolução via jurisdição estatal pode ser fator de resistência à celebração de negócios comerciais internacionais, pela delonga processual, custos elevados e insegurança jurídica, a mediação, a partir do marco regulatório da Convenção de Singapura, propulsiona a economia ao investir de autonomia as partes para que construam, a partir dos seus interesses, a melhor solução, de forma mais célere, barata e igualmente eficiente em comparação com o processo judicial estatal e a arbitragem.^{26/27}

Considerações Finais

A partir do breve estudo realizado foi possível concluir que a Convenção de Singapura representa o início de uma nova era na resolução de disputas em escala global.

A regulação contribui para o fortalecimento e a valorização mundial tanto do ambiente extrajudicial quanto da autocomposição como método adequado para a resolução de conflitos na contemporaneidade, cabendo aos Estados adotar providências internas para que esse cenário se consolide.

A consubstanciação da Convenção de Singapura concretiza a mediação como vetor do acesso transacional à justiça, sendo um dos mecanismos adequados e seguros para a resolução de controvérsias, elevando a mediação a dimensões internacionais.

Por conseguinte, é possível deduzir que os Estados serão persuadidos a aderirem à Convenção, a partir da predileção global ao consenso e do efeito pedagógico da sua assinatura, que oportuniza diversos benefícios, como avanços da globalização e a flexibilização de fronteiras internacionais, incluindo a atratividade de investidores estrangeiros e o impulsionamento da economia.

²⁵ NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS de Solução de Conflitos. Boletim informativo do. Nota Técnica do Ministério da Economia. SEI no 39230/2020/ME. Edição 31 Set. 2020, p. 26.

²⁷ ANDRADE, Juliana Loss. *Efeitos da assinatura da Convenção de Singapura pelo Brasil. Editora justiça e cidadania*. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/efeitos-da-assinatura-da-convencao-de-singapura-pelobrasil/>> Acesso em: 16 fev. 2023.

Hill, Flávia Pereira; Rapozo, Diego El-Jaick; Theodoro, Ana Claudia Rodrigues. Efetivação dos títulos estrangeiros e a Convenção de Singapura: valorização da desjudicialização em âmbito internacional Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 183-197. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

A expectativa a médio e longo prazo é de que cada vez menos Estados queiram ficar de fora dessa “comunidade comercial internacional” que se fortalece por meio da autocomposição.

A Convenção promove progressiva harmonização e modernização do direito do comércio internacional, e espera-se que ela seja mais um passo para a consolidação do avanço da mediação extrajudicial e da desjudicialização para as mais diversas áreas englobadas pelo Direito Processual contemporâneo.

Referências Bibliográficas

AMERICAN LAW INSTITUTE. UNIDROIT. *Principles of Transnational Civil Procedure*. Disponível em:

<https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/aliunidroitprinciples-e.pdf> Acesso em 01/02/2023.

ANDRADE, J.L. *Efeitos da assinatura da Convenção de Singapura pelo Brasil. Editora justiça e cidadania*. Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/efeitos-da-assinatura-da-convencao-de-singapura-pelo-brasil/>> Acesso em: 16 fev. 2023.

NÚCLEO PERMANENTE DE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. Boletim informativo. Nota Técnica SEI no 39230/2020/ME. Edição 31 Set. 2020.

ELISAVETSKY, A. MARUM, M.V. “A Convenção de Singapura: uma grande contribuição para a mediação internacional e o direito processual civil dos países signatários”. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 23. N. 1. Janeiro-abril 2022.

GUEDES, H.L.F. Leveza e peso na mediação comercial internacional: o conteúdo jurídico do acordo corporativo mediado e sua incorporação pelo Direito brasileiro. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 15, n. 3, 2018, pp. 323-342.

HILL, F.P.. O Direito Processual Transnacional como forma de acesso à justiça no século XXI. Rio de Janeiro: GEN Forense. 2013.

HILL, F.P. “□ nova lei de mediação italiana”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. VII. 2010.

Hill, Flávia Pereira; Rapozo, Diego El-Jaick; Theodoro, Ana Claudia Rodrigues. Efetivação dos títulos estrangeiros e a Convenção de Singapura: valorização da desjudicialização em âmbito internacional Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 183-197. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

LIM, G. *Assinar, ratificar e implementar a Convenção de Cingapura sobre Mediação*. Disponível em: <<https://www.icfml.org/wp-content/uploads/2021/08/6.2-Assinar-ratificar-eimplementar-a-Convenção-de-Cingapura.pdf>> Acesso em: 15 fev. 2023.

MOSCHEN, V. R. B. A mediação comercial internacional na pauta da harmonização processual civil internacional: a Convenção de Singapura (2018). Revista Vox, [S. l.], n. 13, p. 68–96, 2022. Disponível em: <https://www.fadileste.edu.br/revistavox/index.php/revistavox/article/view/25>. Acesso em: 16 fev. 2023.

NOVAKOVSKI, L.D.C. *Reflexos da assinatura da Convenção de Singapura pelo Brasil*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-out-15/novakovski-reflexos-assinatura-convencao-singapura-brasil>> Acesso em: 14 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Brasil assina a Convenção de Singapura sobre Mediação das Nações Unidas*. Disponível em <<https://brasil.un.org/pt-br/130591-brasilassina-convencao-de-singapura-sobre-mediacao-das-nacoes-unidas>> Acesso em: 14 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation Disponível em:

<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/EN/Texts/UNCITRAL/Arbitration/mediation_convention_v1900316_eng.pdf> Acesso em: 14 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation. Disponível em:

<https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang=_en> Acesso em: 14 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation Disponível em: <

https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status> Acesso em: 14 fev. 2023.

PEDROSO XAVIER, M.; SUTILI CARNIEL, J. L.; MARTINEZ BAZIA, A. C. *Acordos de mediação e perspectivas de aplicação da recente convenção de singapura no brasil*. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional. 29 nov. 2021. Disponível em: <<http://www.abdconstojs.com.br/index>>

Hill, Flávia Pereira; Rapozo, Diego El-Jaick; Theodoro, Ana Claudia Rodrigues. Efetivação dos títulos estrangeiros e a Convenção de Singapura: valorização da desjudicialização em âmbito internacional *Revista Ibérica do Direito*, vol. 4, n° 1 (2023). p. 183-197. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

[php/revista/article/view/371](#)> Acesso em: 16 fev. 2023.

PODER 360. *Brasil volta ao top 10 no ranking de maiores economias do mundo*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/brasil-volta-ao-top-10-no-ranking-de-maiores-economias-do-mundo/> Acesso em 01 fev. 2023.

UNCITRAL. Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Comerciais Internacionais resultantes de mediação – Convenção de Singapura sobre Mediação. 2019. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf> Acesso em: 14 fev. 2023.

UNCITRAL BRASIL LAC DAY. *Convenção de Singapura e seus impactos no Brasil*. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=VJcm3RaLk3A>> Acesso em: 14 fev. 2023.

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DA SAÚDE EM PORTUGAL

Health Administrative Organization in Portugal

João Proença Xavier¹

Universidade de Salamanca, Espanha

Giovana de Morais Figueiredo Cruz²

Universidade Lusófona do Porto

giovana.cruz@icloud.com

DOI: <https://doi.org/10.62140/JXGC993929887>

Recebido em: 02/11/2022

Aprovado em: 14/12/2022

Sumário: Introdução; 1. Organização da administração direta do Estado; 2. Organização da administração indireta do Estado; 3. Organização da administração independentes do Estado; 4. Organização da administração autônoma do Estado; 5. Sistema Nacional de Saúde; 6. Ministério da saúde em Portugal; 7. Lei orgânica do ministério da saúde; 8. Lei orgânica do Governo (Saúde); Considerações Finais.

Resumo: A importância da saúde no âmbito estadual é fundamental, e compreender a estrutura da Organização Administrativa da Saúde possibilita uma compreensão mais

¹ Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca, Espanha. Professor de Direito no ISCAP – Politécnico de Coimbra. Investigador no CEIS20 da Universidade de Coimbra.

² Mestre em direito pela Universidade Lusófona do Porto, Portugal. Pesquisadora da Cátedra *Jean Monnet* da Universidade Federal de Uberlândia - Projeto *Global Crossings*. Pós-graduada lato sensu em Direito Constitucional pela Faculdade IBMEC São Paulo e Instituto Damásio de Direito (Brasil). Bacharela em Direito pela Universidade Paulista (Brasil).

aprofundada de seu funcionamento dentro do Estado. A relevância desse tema decorre da assistência que o Estado proporciona à população, sendo crucial a compreensão da parte legal por meio dos institutos e legislações que regem o sistema de Saúde. A estruturação da saúde varia entre os Estados, e abordaremos desde a Administração Pública em geral até a especificação das legislações pertinentes à área da saúde. Analisaremos as diversas camadas existentes na administração do Estado, considerando as legislações vigentes, assim como as regiões autônomas e as autarquias locais. Para uma compreensão mais aprofundada, exploraremos a distribuição de poder entre as administrações direta e indireta, destacando suas respectivas importâncias na efetividade das políticas públicas, de acordo com as responsabilidades de cada Estado. Investigaremos as hierarquias existentes, tanto na estrutura matriarcal quanto na governativa, cada uma com suas especificidades e relevâncias. Abordaremos a relevância da Administração Central do Sistema de Saúde e do Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge na garantia do direito ao atendimento à população, juntamente com outros institutos que integram a dinâmica do Estado. Será apresentada uma introdução ao Sistema Nacional de Saúde, examinando o papel do Ministério da Saúde e as leis orgânicas que regem esse instituto.

Palavras-chave: Administração Pública; Saúde; Portugal; Organização Administrativa.

Abstract: The importance of health at the state level is fundamental, and understanding the structure of the Administrative Organization of Health enables a more profound comprehension of its functioning within the state. The significance of this topic stems from the assistance that the state provides to the population, with a crucial understanding of the legal aspects through the institutes and legislation governing the healthcare system. The structuring of healthcare varies among states, and we will address it from the general Public Administration to the specification of legislation relevant to the healthcare sector. We will analyze the various layers in the state administration, considering the current legislation, as well as autonomous regions and local authorities. For a more in-depth understanding, we will explore the distribution of power between direct and indirect administrations, emphasizing their respective importance in the effectiveness of public policies, in line with the responsibilities of each state. We will investigate the existing hierarchies, both in the matriarcal and governmental structures, each with its specificities and relevance. We will discuss the significance of the Central Administration of the Health System and the National Institute of Health Dr. Ricardo Jorge in ensuring the right to healthcare for the population, along with other institutes that are part of the state dynamics.

An introduction to the National Health System will be provided, examining the role of the Ministry of Health and the organic laws governing this institute.

Keywords: Public Administration; Health; Portugal; Administrative Organization.

Introdução

Portugal atua como um Estado Unitário, em contraste com o Brasil, que opera como um Estado Federal. A organização administrativa em Portugal está fundamentada na administração do Estado, regiões autônomas e autoridades locais (municípios e freguesias).

No ápice da administração estatal está o Governo, assunto que abordaremos mais detalhadamente. As regiões autônomas englobam os arquipélagos dos Açores e da Madeira. Cada uma dessas regiões possui seu órgão legislativo unicameral, a Assembleia Legislativa Regional, e um órgão executivo conhecido como Governo Regional.

O Governo Regional é liderado por um Presidente do Governo Regional e inclui Secretários Regionais. Além dos órgãos legislativo e executivo, há uma entidade distinta conhecida como Representante da República, encarregada de supervisão e representação.

Após as administrações estatal e regional autônoma, temos as autoridades locais, atualmente representadas por municípios e freguesias, presentes em todo o território nacional. Portugal abrange 308 municípios, também denominados "concelhos", sendo 278 localizados no continente, 19 nos Açores e 11 na Madeira.

Nas grandes áreas urbanas e ilhas, sob condições específicas e conforme necessário, a lei pode estabelecer formas alternativas de organização territorial local.

1. Organização da administração direta do Estado

A administração direta corresponde à entidade coletiva do Estado e é organizada por meio de ministérios, estando diretamente subordinada ao Governo. Esta configuração compreende um conjunto de serviços centrais, quando suas competências abrangem o território nacional, e serviços periféricos, quando suas atribuições são limitadas a uma região específica. Essa distinção é estabelecida pela Lei 4/2004, de 15 de janeiro, no artigo 11º, parágrafo 4, alíneas a e b.

Entretanto, é imperativo que esses serviços estejam submetidos à orientação do membro do governo correspondente, conforme a natureza das competências e funções.

Devido à função preponderante, esses serviços podem desempenhar papéis executivos, de coordenação, controle, auditoria e fiscalização. Em nossa análise, atribuímos particular importância aos serviços executivos, visto que asseguram a continuidade das políticas públicas sob a responsabilidade de cada Estado.

A estrutura desses serviços pode adotar uma configuração interna hierárquica, composta por unidades nucleares fixas ou flexíveis, como delineado no artigo 21º da mencionada lei. Contudo, os parágrafos 2 e 3 desse artigo merecem especial atenção:

2 - A estrutura nuclear do serviço é composta pelas direções de serviços, correspondendo a uma departamentalização fixa.

3 - A estrutura flexível é composta pelas divisões.

Conforme se pode observar, apresenta-se a composição de cada uma destas estruturas. Adicionalmente, há a estrutura matricial, que consiste em equipes multidisciplinares destinadas ao desenvolvimento de projetos, caracterizando-se por sua natureza temporária, conforme previsto no artigo 22º da legislação anteriormente mencionada.

A configuração da estrutura governativa pode ser alterada de acordo com as disposições estabelecidas na lei orgânica de cada governo. Dessa forma, podemos inferir que os ministérios representam a entidade coletiva do Estado, abrigando a administração direta. É comum observarmos que os ministros detêm todas as competências governativas, enquanto os secretários de Estado possuem poderes concedidos ou, por outras palavras, delegados.

2. Organização da administração indireta do Estado

A administração indireta integra-se também no âmbito da administração pública, configurando-se como um setor composto por pessoas coletivas públicas dotadas de autonomia administrativa e financeira. Seu propósito principal consiste em perseguir os objetivos do Estado, estando sujeitas à superintendência e tutela.

As pessoas coletivas públicas em questão representam entidades que materializam a descentralização funcional. Tal descentralização responde à necessidade de criar centros autônomos de decisão e gestão, essenciais para dar continuidade a determinadas atividades-fins do Estado.

No contexto da administração indireta, destacam-se os institutos públicos e as entidades públicas empresariais. Os institutos públicos são regulados pela Lei-Quadro 3/2004, de 15 de janeiro, e constituem parte essencial desse segmento administrativo.

Artigo 4º

1 - Os institutos públicos são pessoas colectivas de direito público, dotadas de órgãos e património próprio.

2 - Os institutos públicos devem em regra preencher os requisitos de que depende a autonomia administrativa e financeira.

3 - Em casos excepcionais devidamente fundamentados, podem ser criados institutos públicos apenas dotados de autonomia administrativa³.

Tratando-se de pessoas coletivas públicas de natureza institucional, criadas pelo Governo com o propósito de viabilizar um conjunto específico de funções administrativas, elas podem assumir três modalidades distintas: fundação pública, estabelecimento público e serviço personalizado.

As empresas públicas, por sua vez, são também pessoas coletivas públicas, porém de carácter empresarial. A principal distinção reside no fato de que, em sua maioria, são regidas pelo Direito Privado e não estão sujeitas às normas contábeis públicas. No entanto, permanecem submetidas à superintendência e tutela. Nesse contexto, é pertinente destacar um ponto conexo com a temática da pesquisa, exemplificado pelas Unidades Locais de Saúde (Alto Minho, Baixo Alentejo, Guarda).

3. Organização da administração independentes do Estado

Comprendemos como órgãos de administração independentes um conjunto de entidades estatais responsáveis por assegurar a continuidade de tarefas administrativas. Contudo, tais órgãos não estão sujeitos aos poderes de superintendência, tutela e direção do Estado, razão pela qual são considerados independentes.

As autoridades administrativas indiretas estão vinculadas ao Parlamento, sendo-lhes atribuídos poderes de fiscalização da legalidade administrativa e garantia dos direitos dos cidadãos. Podemos afirmar que a administração independente se configura como um

³ Diário da República Eletrónico (s.d.) Lei Quadro dos Institutos Públicos <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2004-34547675-46502775>

instrumento de defesa do cidadão perante o Estado. Exemplos notáveis incluem as Comissões de Proteção de Dados, a Comissão Nacional de Eleições e a Comissão para a Fiscalização do Segredo do Estado.

O Artigo 267º, n° 3, da Constituição da República Portuguesa evidencia que a lei pode criar entidades administrativas independentes, as quais podem ser instituídas com ou sem respaldo constitucional. Além disso, tais entidades podem ser estabelecidas pela própria Constituição, como é o caso do Conselho Superior de Magistratura.

As entidades reguladoras independentes da economia têm uma garantia de independência inferior quando comparadas às entidades criadas diretamente pela Constituição ou àquelas que tutelam direitos fundamentais. Atos administrativos e normas aprovadas por essas entidades podem ser contestados perante a jurisdição administrativa ou mesmo no Tribunal Constitucional.

4. Organização da administração autônoma do Estado.

A administração autônoma é definida como "entidades que prosseguem interesses próprios das pessoas que as constituem e que definem autonomamente e com independência a sua orientação e atividade". Contudo, ela se subdivide em três categorias distintas.

A primeira categoria é a administração autônoma territorial, que inclui as regiões autônomas dos Açores e Madeira, já mencionadas anteriormente em relação às competências administrativas. Neste contexto, há dois níveis de organização: a administração autárquica direta, composta pelos órgãos municipais e pelos serviços subordinados à câmara municipal, incluindo serviços municipais organizados como entidades empresariais; e a administração indireta, que pode envolver entidades públicas ou privadas.

As autarquias territoriais têm a capacidade de criar entidades indiretas institucionais, como as empresas públicas locais (regulamentadas pela Lei n° 50/2012 de 31 de agosto, excluindo tarefas exclusivamente administrativas ou com fins exclusivamente mercantis), fundações públicas municipais (regulamentadas pela Lei-Quadro das Fundações n° 24/2012 de 9 de julho, artigos 48 e seguintes) e fundações públicas de direito privado (regulamentadas pelos artigos 57 e seguintes da mesma lei).

A lei permite a participação dos municípios em cooperativas, associações e fundações de direito privado, desde que haja reconhecimento de interesse público local e esteja dentro das atribuições do município.

A segunda categoria engloba as administrações autônomas corporativas, divididas em três tipos: associações públicas (para profissionais, como ordens e câmaras, incluindo também as econômicas e culturais, sujeitas à tutela de legalidade), cooperações territoriais (abrangendo entidades intermunicipais e regionais) e consórcios públicos (entidades públicas constituídas por entes públicos, podendo ou não ter personalidade jurídica).

5. Administração pública na saúde em Portugal

Na nossa perspectiva, a administração pública na área da saúde em Portugal é iniciada pelo Ministério da Saúde, ocupando a posição de liderança no setor em todo o território nacional. Pertencente à administração direta, abordaremos sua organização detalhadamente no próximo capítulo.

Em seguida, encontra-se o Instituto Nacional de Emergência Médica, um organismo do Ministério da Saúde encarregado de coordenar o Sistema Integrado de Emergência Médica em todo o território continental.

Quanto ao Instituto Português do Sangue e da Transplantação, entendemos que está sob a administração direta do Estado, de abrangência nacional, sendo responsável por regulamentar e assegurar todo o processo de transfusão de sangue e transplantes.

Prosseguindo, a Administração Central do Sistema de Saúde e o Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge integram a administração indireta do Estado. Dotados de autonomia financeira e administrativa, estão sujeitos à tutela e superintendência.

Por fim, destacam-se as administrações regionais, nomeadamente a Administração Regional de Saúde do Algarve, Administração Regional de Saúde do Centro, Administração Regional de Saúde de Lisboa e do Vale do Tejo, Administração Regional de Saúde do Alentejo. Estas pertencem à administração pública indireta, configurando-se como pessoas coletivas de Direito Público, dotadas de personalidade jurídica, autonomia financeira, patrimonial e administrativa, submetendo-se à superintendência e tutela do Ministério da Saúde. A Administração Regional de Saúde do Norte será tratada de forma mais específica posteriormente.

Estas administrações regionais existem com o propósito de proporcionar um atendimento eficaz em cada região, sendo regulamentadas pelo Decreto-Lei 22/2012, bem como pela lei-quadro dos institutos públicos e o Estatuto do Serviço Nacional de Saúde. Múltiplas são as missões e atribuições conferidas a essas administrações regionais, com

destaque para aquelas que consideramos mais significativas, conforme previsto no artigo 3º da lei mencionada anteriormente.

i) Afectar, de acordo com as orientações definidas pela Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., recursos financeiros às instituições e serviços prestadores de cuidados de saúde integrados ou financiados pelo Serviço Nacional de Saúde e a entidades de natureza privada com ou sem fins lucrativos, que prestem cuidados de saúde ou actuem no âmbito das áreas referidas nas alíneas e) e f);

j) Celebrar, acompanhar e proceder à revisão de contratos no âmbito das parcerias público-privadas, de acordo com as orientações definidas pela Administração Central do Sistema de Saúde, I. P., e afectar os respectivos recursos financeiros⁴;

A estrutura interna das Administrações Regionais de Saúde, I.P. é estabelecida de acordo com o que é previsto em seus estatutos, tal como disposto no artigo 8º da legislação correspondente.

6. Sistema Nacional de Saúde (SNS)

O Sistema Nacional de Saúde foi instituído em 1899 e passou a vigorar em 1903. Em 1958, o Ministério da Saúde foi estabelecido, tornando-se a instância superior na administração da saúde em Portugal, assunto que será abordado posteriormente.

Por meio do SNS, o Governo assegura a todos o direito à proteção da saúde, abrangendo todos os serviços de saúde que estão sob a alçada do Ministério da Saúde. As entidades públicas que integram o SNS são:

- Os agrupamentos de centros de saúde;
- Os estabelecimentos hospitalares, independentemente da sua designação;
- As unidades locais de saúde⁵.

Compreendemos que o Sistema Nacional de Saúde (SNS) representa a esfera da saúde pública; no entanto, reconhecemos a necessidade imperativa da existência do Ministério da Saúde. Este ministério desempenha um papel crucial na gestão abrangente da organização administrativa relacionada à saúde.

⁴ Diário Da República Eletrónico (s.d.) Decreto- Lei nº.22/2012 <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/22-2012-543922>

⁵ Serviço Nacional de Saúde <https://www.sns.gov.pt/sns/servico-nacional-de-saude/>

Sem a presença ativa do Ministério, o desenvolvimento eficaz da saúde pública não seria possível. Enquanto o SNS, em nossa interpretação, fornece os recursos essenciais para a saúde da população, é o Ministério da Saúde que estrutura e coordena integralmente toda a organização necessária para essa finalidade.

7. Ministério da Saúde em Portugal

O ministério da saúde é um departamento, cuja missão é “definir e conduzir a política nacional de saúde, garantindo uma aplicação e utilização sustentável dos recursos e a avaliação dos seus resultados.”⁶

Compete ao Ministério da Saúde a realização de fiscalizações em todo o setor privado vinculado à saúde pública, abrangendo profissionais de saúde. Além disso, é encarregado da eficiente gestão de todas as políticas nacionais de saúde, incluindo orientação, inspeção e regulamentação do Serviço Nacional de Saúde. Dessa maneira, constatamos que o Ministério é o responsável integral pela saúde pública em território português.

A estrutura organizacional do Ministério da Saúde segue uma hierarquia, sendo o Ministro da Saúde a figura primordial. Atualmente, essa posição é ocupada pela Ministra Marta Temido, que exerce sua função pelo segundo mandato, após já tê-la desempenhado no XXI Governo Constitucional e atualmente no XXII Governo Constitucional. Em seguida, encontramos o Secretário de Estado Adjunto e da Saúde, atualmente ocupado por António Sales, e, por último nessa hierarquia direta, o Secretário de Estado da Saúde, ocupado por Diogo Serra Lopes.

Ainda que não estejam diretamente inseridos no Ministério da Saúde, a organização administrativa da saúde prossegue. Nesse contexto, destaca-se o Conselho Nacional da Saúde, órgão consultivo independente do Ministério da Saúde, composto por 30 membros. Logo após, a entidade Reguladora da Saúde, também independente, cuja função é fiscalizar e regular todas as atividades dos estabelecimentos de saúde, atualmente presidida por Sofia Nogueira da Silva.

Posteriormente, os órgãos da administração direta, administração indireta e o setor público empresarial, como já delineado anteriormente. Contudo, concluímos que a máxima autoridade em saúde em Portugal é o Ministério da Saúde, mesmo considerando órgãos

⁶ Serviço Nacional de Saúde (s.d.) Missão <https://www.sns.gov.pt/institucional/ministerio-da-saude/#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20%C3%A9,a%20avalia%C3%A7%C3%A3o%20dos%20seus%20resultados.>

independentes, os quais, de certa forma, estão subordinados ao Ministério, estabelecendo uma hierarquia.

7. Lei Orgânica do Ministério da Saúde.

A Lei nº 124/2011 delinea a estrutura orgânica no Capítulo II, apresentando, no Artigo 3º, a estrutura de forma abrangente, evidenciando como o Ministério da Saúde opera de maneira integrada com as diversas administrações do Estado.

O Artigo 4º trata da administração direta do Estado, que se desenrola na seguinte ordem:

a) Secretária-geral; b) Inspeção-Geral das atividades em saúde; c) Direção-Geral da saúde; d) Serviço de intervenção nos comportamentos aditivos e nas dependências; e) Direção-Geral de proteção social aos trabalhadores.

Destacamos o artigo 5º, pois trata da administração indireta do Estado, e dessa forma, há muitos detalhes, como podemos observar:

1 - Prosseguem atribuições do MS, sob superintendência e tutela do respectivo ministro, os seguintes organismos:

- a) A Administração Central do Sistema de Saúde, I. P.;
- b) O INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P.;
- c) O Instituto Nacional de Emergência Médica, I. P.;
- d) O Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I. P.;
- e) O Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I. P.

2 - Prosseguem ainda atribuições do MS, sob a superintendência e tutela do respectivo ministro, os seguintes organismos periféricos:

- a) A Administração Regional de Saúde do Norte, I. P.;
- b) A Administração Regional de Saúde do Centro, I. P.;

- c) A Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I. P.;
- d) A Administração Regional de Saúde do Alentejo, I. P.;
- e) A Administração Regional de Saúde do Algarve, I. P.⁷

O artigo mencionado anteriormente foi previamente detalhado no que diz respeito à administração à qual cada entidade se vincula. Neste ponto, é possível observar as atribuições do Ministério da Saúde.

No Artigo 6º, novamente deparamo-nos com a figura da Entidade Reguladora da Saúde, destacando-se por ser uma entidade administrativa independente. O Artigo 7º merece nossa atenção ao indicar quais serviços e entidades públicas integram o Sistema Nacional de Saúde (SNS).

9. Lei Orgânica do Governo (Saúde)

A Lei Orgânica do Governo nº 169-B/2019 apresenta o regime organizacional do atual XXII Governo Constitucional. Destacamos, portanto, dois artigos que discorrem sobre as atribuições da Ministra da Saúde:

No Artigo 3º, que trata das secretarias de Estado, enfatizamos o número 15, que menciona a Ministra da Saúde: "coadjuvada no exercício das suas funções pela Secretária de Estado Adjunta e da Saúde e pelo Secretário de Estado da Saúde."

O Artigo 27º, abrangente em suas disposições, detalha as funções da Ministra da Saúde. Dada a extensão do artigo, destacamos os pontos que consideramos mais relevantes, sendo eles os setores que a Ministra direciona, conforme o disposto nos itens de a) a d) do número 2.

- a) A Secretaria-Geral do Ministério da Saúde;
- b) A Inspeção-Geral das Atividades em Saúde;
- c) A Direção-Geral da Saúde;

⁷ Diário da República Eletrónico (s.d.) Decreto-Lei 124/2011 <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/124-2011-145186>

d) O Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências⁸.

A superintendência e tutela exercida pela Ministra é sobre:

a) A Administração Central do Sistema de Saúde, I. P.;

b) O INFARMED - Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, I. P.;

c) O Instituto Nacional de Emergência Médica, I. P.;

d) O Instituto Português do Sangue e da Transplantação, I. P.;

e) O Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, I. P.;

f) A Administração Regional de Saúde do Norte, I. P.;

g) A Administração Regional de Saúde do Centro, I. P.;

h) A Administração Regional de Saúde de Lisboa e Vale do Tejo, I. P.;

i) A Administração Regional de Saúde do Alentejo, I. P.;

j) A Administração Regional de Saúde do Algarve, I. P.;

k) Serviços e estabelecimentos do Serviço Nacional de Saúde⁹.

Em conjunto com o Ministro de Estado e das Finanças é exercido tutela:

4 - A Ministra da Saúde, conjuntamente com o Ministro de Estado e das Finanças, exerce a tutela, nas matérias da sua competência, sobre o Serviço de Utilização Comum dos Hospitais¹⁰.

Podemos inferir que a Lei Orgânica do Governo evidencia uma considerável preocupação com a saúde pública, atribuindo à Ministra da Saúde significativas funções e responsabilidades. No entanto, é perceptível que o trabalho muitas vezes ocorre de forma colaborativa, mesmo diante da existência da administração indireta. Em certa medida, a responsabilidade sempre se origina no Ministério da Saúde.

⁸ REPÚBLICA PORTUGUESA XXII GOVERNO (s.d.) Lei Orgânica do Governo <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/lei-organica-do-governo>

⁹ REPÚBLICA PORTUGUESA XXII GOVERNO (s.d.) Lei Orgânica do Governo <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/lei-organica-do-governo>

¹⁰ REPÚBLICA PORTUGUESA XXII GOVERNO (s.d.) Lei Orgânica do Governo <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/lei-organica-do-governo>

Considerações Finais:

Concluimos que Portugal opera como um Estado unitário, com uma organização administrativa hierarquizada, que consideramos complexa. As regiões autónomas e as autarquias locais, embora operem de maneira distinta em relação a Portugal Continental, permanecem subordinadas ao Governo.

A Administração Pública, embora singular, apresenta divisões entre a administração direta e indireta. A primeira é representada pela pessoa coletiva do Estado, enquanto a segunda é representada por pessoas coletivas públicas. Essa distinção proporciona maior autonomia nas ações empreendidas. Compreender essa estrutura é crucial para entender o funcionamento da saúde pública em Portugal.

O Ministério da Saúde desempenha um papel central na área da saúde, tanto em Portugal Continental quanto nas regiões autónomas. Sua responsabilidade abrange garantir a saúde em todo o sistema público, fiscalizar entidades privadas e gerir a política nacional de saúde. O Ministério da Saúde dita as diretrizes para as ações de atendimento à população.

Os órgãos que prestam serviços aos cidadãos têm a incumbência de assegurar um serviço universal, garantindo atendimento igualitário a toda a população. Em todas as esferas da Administração Pública, favorece-se a fiscalização pelo Ministério da Saúde e a autonomia para que as entidades possam agir em conformidade com as normas, sempre priorizando o bem-estar da população.

Referências Bibliográficas:

ANDRADE, José Carlos da Silva. Lições de Direito Administrativo, 5ª edição. Disponível em: <https://ucdigitalis.uc.pt/pombalina/item/51470> > acesso em 20 de fevereiro de 2022

Direção Geral da Administração Pública e do Emprego Público (s.d.) Organização administrativa do Estado <https://www.dgaep.gov.pt/index.cfm?OBJID=a5de6f93-bfb3-4bfc-87a2-4a7292719839&men=i> > acesso em 25 de fevereiro de 2022

Diário da República Eletrónico <https://dre.pt/dre/lexionario/pesquisa/palavras-chave> > acesso em 12 de fevereiro de 2022

Diário da República Eletrónico (s.d.) Decreto- Lei nº.22/2012
<https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/22-2012-543922> >acesso em 25 de fevereiro de 2022

Diário da República Eletrónico (2004-01-15) Lei nº4/2004
<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/4-2004-603475> > acesso em 12 de fevereiro de 2022

Diário Da República Eletrónico (s.d.) Lei 24/2012 [https://dre.pt/dre/detalhe/lei/24-2012-179571? ts=1643155200044](https://dre.pt/dre/detalhe/lei/24-2012-179571?ts=1643155200044)

Diário da República Eletrónico (s.d.) Decreto-Lei 124/2011 <https://dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/124-2011-145186> > acesso em 15 de fevereiro de 2022

Diário da República Eletrónico (s.d.) Lei Quadro dos Institutos Públicos
<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2004-34547675-46502775> > acesso em 12 de fevereiro de 2022

Diário Da República Eletrónico (s.d.) Regime jurídico empresarial local e das participações locais <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2012-67570784> > acesso em 25 de fevereiro de 2022

REPÚBLICA PORTUGUESA XXII GOVERNO (s.d.) Lei Orgânica do Governo
<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/lei-organica-do-governo> > acesso em 16 de fevereiro de 2022

Serviço Nacional de Saúde <https://www.sns.gov.pt/sns/servico-nacional-de-saude/> > acesso em 25 de fevereiro de 2022

Serviço Nacional de Saúde (s.d.) Missão <https://www.sns.gov.pt/institucional/ministerio-da-saude/#:~:text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Sa%C3%BAde%20%C3%A9,a%20a%20valia%C3%A7%C3%A3o%20dos%20seus%20resultados.> > acesso em 15 de fevereiro de 2022

INTERESSI PRIVATI E INTERESSI GENERALI NELLE STAGIONI DEL DIRITTO CIVILE

Giuseppe Portonera

Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

DOI: <https://doi.org//10.62140/GP443992655>

Recebido em: 09/12/2022

Aprovado em: 29/12/2022

Sommario: 1. La «grande dicotomia» tra diritto privato e diritto pubblico e lo spazio per gli interessi generali nel diritto civile. L'utilità di un'indagine di tipo storico. – 2. I codici civili come costituzioni delle società borghesi. – 3. “Rottura” dell'unità sociale, costituzioni pluraliste e «decodificazione». – 4. L'orizzonte europeo: il «diritto privato regolatorio». In particolare, la tensione tra le diverse politiche del diritto del consumo e la nuova frontiera della sostenibilità. – 5. Di quali interessi generali, e in quale modalità, può farsi carico il diritto civile. Il caso paradigmatico della responsabilità civile, tra criterio di imputazione oggettiva e funzione punitiva.

1. La «Grande Dicotomia» Tra Diritto Privato e Diritto Pubblico e lo Spazio Per Gli Interessi Generali Nel Diritto Civile. L'utilità di Un'indagine di Tipo Storico

Quella fra diritto pubblico e diritto privato è stata notoriamente definita come una, se non la, «grande dicotomia» del pensiero giuridico occidentale¹. Le sue radici affondano nella civiltà romana, che, dopo aver “inventato” l'idea del diritto²³, ha avvertito la necessità

¹ N. Bobbio, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, ora in *Id., Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, p. 3 s.

² □. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2017.

³ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, p. 122-127, citato in Bobbio, *La grande dicotomia*, cit., p. 4. ⁴ Così, testualmente, B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, p. 13.

di distinguere – riproducendo le espressioni del celebre frammento ulpiano (D. I. 1. 2) – tra ciò che spetta «ad statum rei Romanae» e ciò che spetta «ad singulorum utilitatem». C'è stato un tempo in cui questa distinzione era assunta come una categoria a priori del pensiero giuridico: una necessità logica, se non addirittura ontologica, prima di ogni formalizzazione ordinamentale, e – soprattutto – indisponibile alla modellazione da parte del legislatore³. Oggi, invece, si incontra l'idea che la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si arresti sul piano delle definizioni meramente stipulative, di per sé né vere né false, ma solo più o meno adeguate alla classificazione dei concetti⁴. A disegnare questa evoluzione hanno concorso l'acquisizione di una consapevolezza circa l'intrinseca storicità dei concetti giuridici e una certa interiorizzazione del pensiero normativistico nella forma mentis del giurista europeo.

Sul primo versante, il costante oscillamento del pendolo tra lo Stato e il mercato – che qui vanno intesi come termini sintetici della polarità tra due diverse organizzazioni del potere nella società – ha indotto a ritenere che ciò che è pubblico e ciò che è privato dipenda, in buona sostanza, da ciò che si vuole considerare pubblico e ciò che si vuole considerare privato in base alle circostanze sociali, economiche e politiche di un dato momento storico. Sul secondo versante, la concezione che il diritto sia – soltanto – un insieme di disposizioni ha potuto suggerire l'idea che faccia poca differenza che la norma abbia carattere pubblicistico o privatistico, essendo comunque sempre posta dal medesimo organo di produzione, all'esito del medesimo procedimento formativo⁴. I due versanti risultano peraltro integrabili nel momento in cui si osserva che il secondo, con la sua dimensione formalistica, offre una giustificazione strutturale del primo, più centrato invece sulla “sostanza” della regola.

□ ciò va, inoltre, aggiunta l'influenza esercitata dal modello di *common law*, nel quale la distinzione fra diritto pubblico e diritto privata è stata storicamente avvertita come meno netta, complice anche il principio di unitarietà della giurisdizione⁵.

⁴ Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 2021, p. 366 s., ove si incontra anche un rilievo critico circa il «dualismo» fra diritto pubblico e diritto privato, il cui carattere viene definito come «ideologico». È bene evidenziare, però, che il rilievo critico è rivolto a certe conseguenze, per l'appunto ideologiche, che si vorrebbero trarre da questo dualismo: per un verso, una sottrazione dei poteri pubblici, almeno in certe condizioni, al primato della legge, e, per altro verso, la negazione di un grado di “politicalità” del diritto privato.

⁵ Il che non vuol dire, ovviamente, che la distinzione non esista. Si veda, per una interessante riconsiderazione del tema: M. O. DeGirolami, *Public-Private Drift and the Shattering Polity*, in corso di pubblicazione su *American Journal of Jurisprudence*. Il manoscritto è disponibile a questo link: <https://ssrn.com/abstract=4320742>.

Rinviando agli studi di teoria generale l'indagine circa la natura e l'estensione della faglia che corre lungo i due termini della grande dicotomia⁶, è agevole evidenziare che la dialettica tra interessi individuali e interessi generali non si sviluppa soltanto sulle assi ordinanti dei settori dell'ordinamento⁸, dal momento che, come branche del diritto pubblico possono farsi carico della tutela dei primi (e si pensi all'interesse legittimo cosiddetto pretensivo nel diritto amministrativo e, sia pure in un senso diverso, ai reati punibili a querela di parte nel diritto penale), così il diritto privato fornisce rappresentanza al punto di vista dei secondi⁷. È opportuno chiedersi, però, fino a che punto quest'ultimo possa offrire ospitalità a interessi generali: per essere più precisi, per quali ragioni e in quale estensione possa farsene carico in un modo che risulti compatibile con la logica propria del sistema di riferimento. A supporto di questa verifica, soccorre anche una ricerca di tipo storico, la quale, anzitutto ricostruendo le modalità con cui le varie "stagioni" del diritto civile hanno interpretato e attuato il rapporto tra interesse generale e interessi individuali, consenta di rischiarare certi profili di attuale problematicità.

2. I Codici Civili Come Costituzioni delle Società Borghesi

L'indagine storica mostra che non sempre – e, dunque, non necessariamente – la sfera degli interessi privati e quella degli interessi pubblici sono apparse riconoscibili nella loro indipendenza. Di contro, si sono avute esperienze in cui le due sfere sono state ritenute armonizzabili al punto da renderle osmotiche. Nel giusnaturalismo medievale, ad esempio, i diritti individuali non erano soltanto preordinati al conseguimento del bene comune, ma riconosciuti in ragione di quest'ultimo. La proprietà, che è l'archetipo del diritto soggettivo, viene giustificata da San Tommaso d'Aquino alla stregua di un diritto "naturale" non nel senso in cui questo termine viene impiegato ormai comunemente impiegato – ossia come sfera di libertà che precede l'organizzazione politica e da quest'ultima difeso – bensì nel senso

⁶ Cfr., per uno studio che restituisce ancora spunti utili, U. Breccia, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 191 s. Più di recente, oltre ai riferimenti nelle note precedenti e successive, I. Pupolizio, *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, Torino, 2019 e A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020. ⁸ Si ricorderà che già Ulpiano aveva individuato, quale criterio discretivo tra diritto privato e pubblico, la natura dell'utilitas, cioè il tipo di interesse che viene in rilievo. Cfr. S. Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, p. 739.

⁷ D'altronde, come ha messo in evidenza V. Rangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1994, p. 29, il criterio dell'interesse non va esasperato, o meglio va accolto con «qualche delucidazione: infatti il concetto stesso del diritto, come complesso di norme avente per iscopo la conservazione e il perfezionamento di una società, esclude che ne facciano parte disposizioni prive d'interesse sociale; mentre per converso non vi è norma posta nell'interesse collettivo dalla quale i singoli non traggano un vantaggio, talvolta inestimabile (si pensi alle norme che organizzano la costituzione politica, o a quella che vieta l'omicidio)».

di essere conforme allo sfruttamento delle cose più compatibile con il bene comune, e che quindi corrisponde alla migliore “natura” delle cose medesime⁸.

Nella società borghese, questa armonia tra la sfera dell’interesse privato e quella dell’interesse pubblico è mantenuta, sia pure declinata da una prospettiva inversa: non è più, infatti, l’interesse privato a identificarsi con l’interesse pubblico, ma quest’ultimo a risultare, di “riflesso”, nel primo. I codici civili, si è detto, sono state le costituzioni delle società borghesi, e i principi codicistici – proprietà privata, autonomia contrattuale, concorrenza, responsabilità fondata sulla colpa, libertà di testare – altro non erano che i canoni politici su cui le società del XIX secolo si fondavano⁹. Detto altrimenti, in un momento in cui il diritto pubblico era ancora e sostanzialmente soltanto norma di organizzazione delle istituzioni, i codici civili hanno tradotto il linguaggio politico della libertà individuali nella forma giuridica del diritto soggettivo quale signoria del volere¹⁰. E il «significato costituzionale»¹³ delle codificazioni privatistiche era confermato dall’attrazione nel loro ambito normativo di regole inerenti al rapporto tra il cittadino e il sovrano: e si pensi, tra le altre, alle norme sul godimento dei diritti civili, a quelle sulla cittadinanza, a quella sulla famiglia, a quella sull’espropriazione per pubblica utilità, per finire con le cosiddette preleggi, le quali hanno carattere generale e trasversale a ogni ramo dell’ordinamento, e sono state nondimeno sempre preposte al codice civile. Come ha scritto, tra i primi, Gioele Solari, i codici hanno rappresentato «l’attuazione

⁸ La giustificazione offerta da San Tommaso si fonda su basi che si potrebbero definire funzionalistiche. Primo: ognuno ha una cura migliore delle proprie cose; se la proprietà fosse comune, volentieri verrebbe evitato il lavoro, lasciando ad altri il compito di curarsene. Secondo: in un sistema che riconosce la proprietà privata, gli affari vengono svolti in modo ordinato, giacché ciascuno è responsabile per qualcosa, laddove se tutti fossero responsabili per tutto, regnerebbe la confusione. Terzo: la pace sociale regna là dove ciascuno si accontenta del suo, giacché l’esperienza mostra come i grandi conflitti scoppiano per i beni posseduti in comune o indivisibilmente (*Summa Theologica*, IIa IIae 66: 2, responsio). La stessa Dottrina sociale della Chiesa (cap. IV, III, a-b), che è grandemente tributaria della tradizione tomistica, oggi chiarisce che diritto primario, ossia “naturale” nel senso di inscritto nella natura dell’uomo, è la destinazione universale dei beni, e che la proprietà privata è un diritto secondario che, nel contesto del comune diritto di tutti ad usare i beni dell’intera creazione, si riconosce come garanzia di un retto ordine sociale e che proprio ai fini di una politica economica autenticamente sociale e democratica può essere regolato.

⁹ Tra codificazione ed espressione dei valori della società borghese sta un legame storico, che si giustifica in ragione del dominio di quei valori nel momento in cui il processo di codificazione si è spiegato (si vedano, tra gli altri, i saggi di G. Tarello e D. Corradini in S. Rodotà [a cura di], *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971). Se non è dubbio che la tecnica della codificazione fosse consona all’interesse alla chiarezza e certezza del diritto cui aspirava la società borghese, non è però «corretto dedur[re] un rapporto di implicazione reciproca tra codificazione e capitalismo. Ancora una volta deve parlarsi di concomitanza temporale, nella quale ciascuno dei due elementi ha esercitato influenza promozionale sull’altro, e di momento storico nel quale lo spirito del tempo si manifesta omogeneamente, senza un prima e un dopo, nei vari ambiti nei quali la vicenda umana si esprime e si svolge» (C. Castronovo, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, in *Rel. ind.*, 1983, p. 192).

¹⁰ Si ricorderà, in particolare, il § 16 del Codice civile austriaco, ancora oggi vigente, in cui si afferma che «ogni uomo, in virtù dei suoi diritti innati, che vengono resi manifesti dalla ragione, ha diritto di essere trattato come persona». Più in generale, è opportuno ricordare che le codificazioni ottocentesche hanno filtrato i postulati del giusnaturalismo nelle forme (solo apparentemente neutrali dal punto di vista assiologico) della dogmatica giuridica (P. Grossi, *L’Europa del diritto*, RomaBari, 2007, p. 140 s.). Pertanto, come sottolinea L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Scritti. Metodo e teoria giuridica*, a cura di C.

dell'idea individuale nei rapporti civili. [...] [L]e Codificazioni miravano ad assicurare la libertà civile dell'individuo nella sua vita privata contro le indebite ingerenze del potere politico»¹⁴.

Non che nelle codificazioni ottocentesche mancassero norme che facessero emergere un autonomo rilievo degli interessi generali: si pensi all'art. 1108 del *Code Napoleon*, il quale richiedeva, tra i requisiti indispensabili per la validità dell'obbligazione, la presenza di una «Une cause licite dans l'obligation»; o, ancora, all'art. 12 delle preleggi al codice civile del 1865, a norma del quale «in nessun caso, [...] le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle [...] alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico ed il buon costume». Questo rilievo, però, espresso nella forma negativa del limite alla signoria del volere individuale, si connota peculiarmente là dove si pone mente al fatto che la società borghese si fondava su un'idea di “libertà ordinata” e non su una, per così dire, di “libertà libertaria”.

Si ha buon gioco nel ricordare che uno dei padri del liberalismo classico, Adam Smith, non ha scritto soltanto il testo fondativo della scienza economica, ma anche una *Teoria dei sentimenti morali* in cui emerge la trama di una condotta sociale virtuosa all'interno della quale si spiega l'attività individuale, compresa quella imprenditoriale. Per Smith, la coscienza di ogni uomo – che egli descrive nei termini di uno «spettatore imparziale» – fa risaltare l'ingiustizia di quei comportamenti che ledono le leggi fondamentali (che tutelano la vita, la libertà, la proprietà), sicché, per un verso, anima la tendenza comune a simpatizzare con chi rispetta le leggi e, per altro verso, nutre un senso di decenza che induce a non commettere atti illeciti o illegali¹⁵. Peraltro, è opportuno sottolineare che Settecento e Ottocento saranno pur stati «due secoli l'un contro l'altro armato», ma entrambi hanno concorso a definire il modello di società borghese: se il primo ha spezzato i legami feudali, accelerato il passaggio dallo *status* al contratto e aperto la strada alla società industriale, il secondo ne ha temperato gli eccessi, rifiutandone le spinte di maggiore rottura, e ha ricostituito, sulle basi post-rivoluzionarie, l'equilibrio tra ordine e libertà.

Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano, 2011, p. 45, questo tipo di positivismo, sebbene teoricamente e metodologicamente formalistico, risultava compatibile con un controllo “valutativo” del contenuto della legge, giacché la sua giustificazione formale mediante il controllo di coerenza con la razionalità del sistema giuridico era in grado di garantirne anche il fondamento morale.

¹³ Così M. Giorgianni, Il diritto privato e i suoi attuali confini, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1961, p. 399.

¹⁴ G. Solari, Filosofia del diritto privato. Individualismo e diritto privato, I, Torino, 1959, p. 57.

¹⁵ Cfr. A. Zanini, Adam Smith. Morale, jurisprudence, economia politica, Macerata, 2014, p. 119 s.

Più che di limiti esterni, allora, può forse parlarsi di una conformazione che opera direttamente sul piano interno dello stesso diritto, ossia di una determinazione del suo contenuto in funzione di determinati valori. Sicché, come nel giusnaturalismo medievale i diritti individuali venivano riconosciuti in ragione del bene comune, così nella società borghese – composta da “buon cittadini”, con obblighi verso i consociati, la patria e Dio – non si concepiva un esercizio delle libertà incoerente con il quadro condiviso di valori morali (i *boni mores*) in cui era ben saldo l’orizzonte di riferimento.

3. “Rottura” Dell’unità Sociale, Costituzioni Pluraliste e «Decodificazione».

Nel momento in cui le masse, portatrici di interessi antagonisti a quelli del ceto fino allora dominante, fanno il loro ingresso sulla scena politica, si consuma quello che Massimo Severo Giannini ha definito come il passaggio dallo Stato monoclasse a quello pluriclasse. In questo nuovo contesto – nel quale l’idillio borghese di una società coesa nei valori di fondo si rivela un’illusione, e nel quale, quindi, non è più possibile ridurre l’interesse generale a mero riflesso di quelli individuali – il piano normativo è divenuto il luogo della mediazione e della composizione tra interessi divergenti. Ne è stata conseguenza l’avvio di quel processo di “giurificazione” della società, che prosegue – sia pure, di volta in volta, con forme e modalità diverse – fino ad oggi. Suoi cardini sono stati, per un verso, l’espansione dei pubblici poteri (anche in campo economico) e, per altro verso, una «politicizzazione del diritto» che è il riflesso «del pluralismo sociale nel tessuto dell’ordinamento»¹¹. Se pure il diritto privato “monoclasse” borghese non può essere derubricato a mero mezzo di soddisfazione di interessi gretti ed egoistici (come prova il fatto che le infrastrutture di quell’ordine – su tutte: proprietà e contratto¹² – vengono ancora riconosciute come tasselli fondamentali dei sistemi

¹¹ Castronovo, *Il capitalismo come vicenda giuridica*, cit., p. 199.

¹² Osserva A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*², in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2017, p. 212, che «nelle costituzioni moderne la proprietà entra come istituzione indispensabile dell’ordinamento complessivo [...]. Nel sistema del diritto civile la proprietà è egualmente considerata una istituzione indispensabile nel senso che senza di essa il sistema civilistico sarebbe necessariamente altro rispetto a quello che è». In riferimento alla «funzione sociale» del contratto, si vedano R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto*⁴, Torino, 2016, p. 18: «L’autonomia contrattuale viene garantita al singolo operatore [...], ma l’interesse che rende razionale la norma è l’interesse

liberal-democratici contemporanei¹³), nondimeno è chiaro che, in una società pluralista, non è più possibile «ridurre il diritto a mera tecnica di organizzazione sociale, misconoscendone la funzione di realizzare storicamente un sistema di valori distinto e sovraordinato ai valori puramente economici»¹⁴.

Come è noto, la reazione dei legislatori europei, a cavallo tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, è stata quella di creare una sorta di doppio binario all'interno del sistema del diritto privato: si voleva mantenere la codificazione, in linea con l'esperienza storica, dominio dell'individualismo liberale, e attribuire la funzione di politica cosiddetta sociale alle leggi speciali. Negare che il diritto privato nel suo complesso, e non solo nelle sue periferie, avesse un «compito sociale» (*Die soziale Aufgabe*) era, come la dottrina di lingua tedesca più sensibile ai mutamenti socio-economici dei primi decenni del XX secolo ha messo prontamente in evidenza, il frutto di una tara ideologica. Per quel che più direttamente ci riguarda, è evidente che la “nuova” codificazione italiana del 1942 esibisca un carattere “post-borghese”, come testimoniato dal fatto che, al contrario della codificazione del 1865, gli interessi generali ricevono riconoscimento non già nella filigrana della tutela di quelli individuali, ma reclamano la capacità di conformare la dinamica dei rapporti interpersonali. È opportuno sottolineare che se oggi è possibile apprezzare la capacità di mediazione fra interessi individuali e interessi generali propria del nostro codice, ciò è dovuto all'evoluzione in senso liberale e costituzionale del quadro giuridico-politico italiano, giacché è ragionevole ritenere che a ben altro giudizio si sarebbe invece giunti ove quest'ultimo fosse rimasto segnato dalle concezioni autoritarie e organicistiche coltivate dai giuristi di regime e, ancor prima, dalle scuole di indirizzo legalistico e nazionalistico.

Già sul piano della normativa delle fonti delle obbligazioni si assiste a un superamento delle categorizzazioni tradizionali, di derivazione romanistica, in favore di una elencazione

generale, indivisibile, alla manutenzione di un corretto meccanismo di mercato»; e A. Albanese, *L'uguaglianza formale e sostanziale nel mercato tra libertà e giustizia «contrattuale»*, in *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, I, Napoli, 2022, p. 6: «La possibilità di regolare mediante contratti i rapporti con altri soggetti, che godono della medesima capacità e dei medesimi diritti, è [...] espressione di quei principi di libertà e uguaglianza, che costituiscono il fondamento degli ordinamenti democratici. Il contratto rappresenta infatti uno strumento essenziale di partecipazione alla vita economica e sociale, attraverso il quale i cittadini direttamente concorrono alla costruzione delle regole della convivenza civile, e in questo modo svolge una funzione fondamentale non soltanto per lo sviluppo della personalità dei singoli, ma anche per il benessere della società nel suo complesso».

¹³ Cfr. F. von Hayek, *Diritto, legislazione e libertà*, tr. it. a cura di L. Infantino e P.G. Monateri, Milano, 2022, p. 211. Per Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 370, «quello che si dice diritto privato, quel complesso di norme al cui centro è l'istituto giuridico della proprietà individuale o privata, [...] è una forma di produzione di norme giuridiche individuali adeguata al sistema economico capitalistico. Essa risponde al principio dell'autodeterminazione ed in questo senso ha carattere democratico». Il carattere “democratico” del diritto, seppur in riferimento all'istituto del contratto e al fenomeno del “contrattualismo”, è segnalato anche in W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, Macerata, 2022, p. 111.

¹⁴ L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, III, Padova, 1963, p. 1085.

“aperta” e “progressiva” (art. 1173 c.c.). □ Il riferimento a «ogni altro atto o fatto idoneo» a produrre obbligazioni «in conformità dell’ordinamento giuridico» svincola le condizioni di genesi del *vinculum iuris* dalla sola signoria del volere, presidiata dal cosiddetto principio del contratto, al contempo non subordinandole esclusivamente all’eteronomia della legge – che può essere concepita, almeno in una certa misura, in funzione garantistica della libertà individuale (si veda ora l’art. 23 Cost.) – bensì rendendole permeabili a quelle istanze di tutela che emergono in una società complessa e dinamica, pluralistica e conflittuale¹⁵.

Quanto alle singole materie, il diritto del lavoro e quello dell’impresa, la disciplina dei quali è stata peraltro inserita direttamente nella codificazione civilistica, offrono gli esempi in proposito più significativi, che si caratterizzano per la previsione di limiti all’esercizio dell’autonomia individuale (o collettiva) attraverso norme inderogabili che si sostituiscono ad essa.

Volgendosi al campo più propriamente privatistico, vengono in rilievo diverse ipotesi.

La *magna pars* di queste ipotesi assume l’interesse generale quale limitazione del diritto individuale. Così è nel caso dello statuto normativo della proprietà che è stato fatto oggetto di precisi vincoli, giustificati da considerazioni di ordine generale. Come chiarito dall’art. 832 c.c., il contenuto del diritto di proprietà resta sempre il potere di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, ma l’ordinamento non lo riconosce più in modo *ab-solutus*, attribuendo invece rilevanza al punto di vista degli obblighi nei confronti dei consociati e delle funzioni sociali che i beni possono svolgere¹⁶. Ciò si spiega alla luce del mutamento delle premesse filosofiche, fatte proprie dal legislatore storico, che fondano il principio della proprietà privata come elemento costitutivo dell’ordinamento giuridico, nonché

¹⁵ Sul tema delle fonti la letteratura di riferimento è ovviamente vastissima. Con peculiare riferimento all’“apertura” del sistema delle fonti delle obbligazioni, è preziosa la consultazione dei classici studi di A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173 – 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1988, p. 171 s., e U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Tratt. IndicaZatti*, Milano, 1991, p. 108 s. Cfr. ora, anche per una rilettura della dottrina precedente all’entrata in vigore del codice civile del 1942, A. Nicolussi, «*Le obbligazioni nel diritto civile italiano*» di Vittorio Polacco, in corso di pubblicazione. Si ringrazia l’autore per aver messo a disposizione il manoscritto.

¹⁶ È opportuno sottolineare che, pur in assenza di un aggancio testuale in tal senso, la dottrina italiana faceva riferimento alla funzione sociale della proprietà già prima dell’avvento della Costituzione repubblicana: si vedano, ad esempio, F. Vassalli, *Il diritto di proprietà*, in *Atti del I congresso giuridico italiano*, Roma, 1933, p. 405 s., S. Pugliatti, *Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell’interesse pubblico nella proprietà*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, p. 183 s., L. Barassi, *Il diritto di proprietà e la funzione sociale*, *ivi*, p. 191 s.

dell'evoluzione in senso industriale del sistema economico in cui tale principio è destinato a operare¹⁷.

In altri casi, anche questi quantitativamente non trascurabili, l'interesse generale è assunto come criterio di composizione del conflitto tra diritti individuali tra loro incompatibili. Così, viene ribadito – con un guadagno di chiarezza rispetto alla lettera dell'art. 1942 del codice del 1865¹⁸ – che l'acquirente di un bene immobile che ha trascritto per primo viene preferito, anche se l'acquisto è posteriore (art. 2644 co. 2 c.c.), perché il meccanismo di pubblicità immobiliare è posto a tutela dell'interesse generale alla sicurezza della circolazione di determinate categorie di beni e, *in apicibus*, a quella certezza dei traffici giuridici che il principio del puro consensualismo – che si confà all'ideale del diritto soggettivo come signoria del volere – non è in grado di assicurare, e anzi, in una certa misura, addirittura minaccia¹⁹.

Ancora, nel caso in cui taluno abbia adoperato una materia che non gli apparteneva per formare una nuova cosa, il risultato dell'iniziativa non concertata dei fattori di produzione (lavoro – materia prima) viene attribuita allo specificatore, salvo che il valore della materia sorpassi notevolmente quello della mano d'opera (art. 940 c.c.). La soluzione legislativa deriva da una precisa scelta che, seppur non originale sul piano storico, assume uno specifico valore proprio alla luce della temperie culturale coeva alla codificazione del '42, la quale – sull'onda lunga dell'incipiente industrializzazione – ha individuato l'interesse generale nella dinamizzazione dei processi creativi innescati dall'iniziativa privata e non nella tutela statica della proprietà²⁰.

¹⁷ L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Scritti*, cit., p. 77.

¹⁸ Lo mette in rilievo la stessa Relazione al codice civile (n. 1068): «Gli effetti positivi e negativi della trascrizione sono determinati dall'art. 2644 del c.c., che riproduce sostanzialmente la norma dell'art. 1942 del codice del 1865, con lievi modificazioni che tendono ad agevolarne la retta comprensione. [...] [L]'altra modificazione apportata nel secondo comma, quale all'espressione “verso il precedente proprietario” si è sostituita l'altra “verso il suo autore”, è intesa a chiarire che la trascrizione anteriore assicura la prevalenza in confronto di chi abbia causa della stessa persona, mentre la pubblicazione dell'acquisto da chi non abbia assicurato con la pubblicità il proprio lascia esposto l'acquirente a soggiacere nei confronti di colui che, mediante una pubblicazione posteriore alla sua, ma a carico di un autore più remoto, si assicurasse la prevalenza del suo autore immediato».

¹⁹ Da ultimo, a proposito del rapporto tra consensualismo, trascrizione e bisogni economico-sociali, si veda C. Rusconi, *Consensualismo, principio dell'iscrizione e polifunzionalità della pubblicità tavolare*, Napoli, 2022, p. 26, testo e nt. 71.

²⁰ A. Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, p. 320, ove la ricostruzione della genesi della disposizione sullo sfondo del problema, già noto al diritto classico romano, del conflitto di interessi tra proprietario e specificatore. D'altronde, anche Isaia 29,16 ammonisce: «Forse che il vasaio è stimato pari alla creta?».

Un discorso analogo va fatto, infine, per i cosiddetti acquisti *a non domino*, nei quali – pur mancando il tratto unificante di una categoria dogmatica omogenea²¹ – si riscontra un coerente disegno di politica del diritto volto a favorire il commercio, anche quando ciò comporti il sacrificio dell’interesse del proprietario nei confronti del terzo acquirente. Come è stato osservato, «La protezione dell’acquisto del terzo inconsapevole della mancanza di legittimazione del suo dante causa non è perciò l’obiettivo finale della legge, ma rappresenta il *medium* attraverso cui viene realizzato il vero obiettivo di carattere generale della normativa sugli acquisti *a non domino*, ossia la tutela della circolazione dei beni»²².

Dal canto suo, l’autonomia privata conosce limiti nuovi, e tra i più vistosi può menzionarsi l’art. 1339 c.c.: pure in questo caso, l’interesse generale – individuato nella sottrazione alla fluttuazione del prezzo di certe categorie di beni o di servizi, secondo la legge della domanda e dell’offerta – va a limitare la libertà di contrattazione dei singoli²³. Più in generale, rotta l’unità sociale borghese, e quindi venuto meno quell’orizzonte valoriale comune all’interno del quale il “buon cittadino” non concepiva atti che fossero “indegni”, si è avvertito il maggiore peso di approntare meccanismi di riconoscimento della giuridicità dell’esercizio di libertà individuali. Il codificatore del ’42 aveva a disposizione un preciso strumento da impiegare a tale scopo: la causa, che è stata peraltro presa in considerazione non più quale elemento proprio dell’obbligazione, com’era con il codice del 1865, bensì quale requisito necessario del contratto (art. 1325 c.c.). La causa codicistica, nella sua dimensione “astratta”, è stata addirittura intesa come strumento di controllo dirigistico sull’autonomia privata, e per questo motivo ne è stata in seguito proposta una rilettura in chiave “concreta”, come sintesi degli effetti che le parti vogliono perseguire con l’esercizio di autonomia²⁴. Tuttavia, nell’interpretazione – per così dire – “originalista” della causa come funzione “economicosociale” del contratto non si trova soltanto un istinto autoritario, bensì anche quell’esigenza che l’ordinamento ha di selezionare i contratti, nonché gli atti unilaterali (art.

²¹ Cfr. L. Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*³, Milano, 1975, p. 379.

²² Nicolussi, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, cit., p. 40, sulla scorta di Mengoni, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 30 s. e 318-319.

²³ Si è trattato, come ricorda la stessa Relazione al codice (n. 168), dell’estensione ai contratti di diritto comune di una norma originariamente pensata per clausole del contratto individuale di lavoro difformi dal contenuto del contratto collettivo (l. 3 aprile 1926, n. 563).

²⁴ G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966. Il riconoscimento della teorica della causa in concreto si è avuto, in giurisprudenza, con Cass. n. 10490/2006, per la quale «un’ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d’altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato)».

1324 c.c.), cui attribuire la «forza di legge» (art. 1372 c.c.) secondo un parametro di regolarità sociale²⁵. □ Illo stesso modo, l'art. 1322 co. 2 c.c., se per un verso riconosce la possibilità dell'esercizio dell'autonomia contrattuale secondo schemi innominati, per altro verso la subordina alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Pur interpretando anche questa norma in senso «liberale», e cioè intendendo il requisito della meritevolezza nel senso debole della «non immeritevolezza»²⁶, resta fermo che non a qualsiasi contratto, per il solo fatto di essere stato liberamente voluto, può essere attribuita rilevanza giuridica, ove questa non risulti in linea con l'interesse generale.

□ I di fuori di questo spazio di rilevanza giuridica, e là dove l'ordinamento non adotti l'*extrema ratio* della sanzione penale (come, ad esempio, avviene con i cosiddetti reati-contratto), stanno atti che si rivestono di «giuridicità» solo se i loro autori spontaneamente scelgono di restare ai patti. Per fare un esempio: non è che i privati non possano reciprocamente impegnarsi stipulando un contratto che, ai sensi dell'art. 1343 c.c., abbia causa contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume; solo che, là dove l'ordinamento sia richiesto di tutelare l'esecuzione di un contratto con causa illecita, esso rifiuterà il proprio intervento.

Se disposizioni di questo genere sono qualcosa in più che mere «gocce di olio sociale» fatte scivolare negli ingranaggi individualistici del diritto privato comune, in dottrina si è affermato che il legislatore del '42 abbia mancato l'occasione storica della nuova codificazione per sviluppare un prodotto normativo all'altezza del «compito sociale» del diritto privato, e ciò perché «non si è andati alla codificazione battendo l'unica strada seriamente percorribile: quella di una ricognizione convinta e approfondita della legislazione

²⁵ E. Betti, *Negozio giuridico*, in *Enc. Treccani*, XXIV, Roma, 1934, p. 505: «Gli interessi e i rapporti che il diritto privato disciplina esistono nella vita sociale indipendentemente dalla tutela giuridica». I negozi, prosegue Betti, «sogliono avere la loro genesi nella vita di relazione: sorgono e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, fuori dall'ingerenza di ogni ordine giuridico». Cfr. N. Irti, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, p. 32-39, che individua il «contributo più prezioso delle pagine bettiane» non «nell'acre polemica contro il “dogma della volontà”, né nell'introduzione d'un vocabolario teleologico, quanto nella *scelta d'un nuovo angolo d'indagine*: il processo, per cui il diritto dello Stato entra in rapporto con gli atti di autonomia privata». Si veda, infine, F.sco Benatti, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca borsa tit. di cred.*, 2021, p. 14-15, il quale anche in riferimento alla nozione di «causa concreta» mette in rilievo l'irrinunciabilità della «funzione sua tipica di verifica della ragione degli spostamenti patrimoniali e delle attribuzioni dei reciproci vantaggi e svantaggi, utilità e disutilità nel rispetto della volontà “vera” delle parti, come soggetti consapevoli e capaci di essere attenti ai loro interessi, privando di validità o efficacia quei contratti che realizzino scambi con prestazioni illecite, irrisorie, capricciose o futili secondo il parametro dell'art. 1174 c.c.».

²⁶ Cfr. V. Roppo, *Il contratto*², Milano, 2011, p. 345-346.

particolare da cui far spiccare lo statuto complessivo degli istituti onde poterli ritrarre nel codice in maniera realistica»²⁷.

È solo nei decenni successivi al secondo dopoguerra che l'interesse per la relazione tra interessi generali e interessi individuali ha guadagnato nuova attenzione, e l'ha guadagnata non più ai margini del diritto privato comune, bensì direttamente al cuore dell'attività legislativa e della ricerca scientifica.

□ L'origine di questo cambio di prospettiva sta la Costituzione repubblicana, con il nuovo modello di società e di relazioni tra l'individuo e la collettività cui essa ha messo capo. In seno all'□ assemblea costituente, Giorgio La Pira aveva addirittura proposto di riconoscere espressamente la finalizzazione dell'esercizio dei diritti individuali al conseguimento del bene comune²⁸. Benché quella proposta non ebbe seguito, la Costituzione ha reso manifesto il legame tra le libertà del singolo e gli obblighi del vivere in società, come si evince – solo per fare alcuni tra i più famosi esempi – dalla messa in rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili all'art. 2 e dalle notevoli limitazioni all'esercizio dell'iniziativa economica e al godimento dei beni di cui agli art. 41 e 42. Pur senza cadere nella trappola della funzionalizzazione, che gli anni immediatamente precedenti alla fase costituente avevano rivelato come mezzo di subordinazione della persona umana allo Stato totalitario, il nostro ordinamento costituzionale ha accolto l'idea che il riconoscimento e l'esercizio delle libertà individuali non è fine solo a sé stesso, ma concorre a organizzare un “migliore” modello di società. In ciò sta l'essenza del principio «solidaristico», ossia quello per cui l'esercizio delle libertà deve tenere conto anche del bene comune, perlomeno nel senso minimale – esplicitato dall'art. 41 co. 2, con riguardo all'esercizio della libertà di intrapresa – di non perseguire il proprio interesse individuale in contrasto con l'utilità sociale e con l'interesse generale al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana²⁹.

²⁷ C. Castronovo, *Alle origini della fuga dal Codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1985, p. 34.

²⁸ Come ricorda C. Pinelli, *“Diritto di essere se stessi” e “pieno sviluppo della persona umana”*, in *Rivista AIC*, 2021, p. 20, p. 316 s., La Pira (I sottocommissione, seduta del 1° ottobre 1946) aveva proposto un articolo che avrebbe dovuto precedere il catalogo dei diritti di libertà, del seguente tenore: «L'autonomia dell'uomo e le singole libertà in cui essa si concreta sono garantite dalle norme seguenti e debbono essere esercitate per l'affermazione e il perfezionamento della persona in armonia con le esigenze del bene comune e per il continuo incremento di esso nella solidarietà sociale». Pinelli riporta il giudizio di un altro giurista cattolico, Leopoldo Elia, per il quale in un simile articolo si poteva rinvenire «una tendenza a finalizzare le libertà poteva riuscire pericolosa, anche se per i proponenti la Costituzione si rivolgeva alla persona, e non solo allo Stato. Il silenzio sull'uso della libertà scongiura al massimo grado il rischio di ogni giudizio calato dall'alto» (p. 317).

²⁹ Cfr. L. Mengoni, *I diritti sociali*, in *Scritti*, cit., p. 133. Si veda, inoltre, C. Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 598, nt. 114, ove la precisazione che «ribadire che la concezione solidaristica attiene al momento dell'esercizio delle situazioni soggettive» consente di metterne in evidenza la distanza «dall'idea della funzionalizzazione di esse, teorizzata dai regimi totalitari. La chiave personalistica, oltre che solidaristica,

Come ben noto, l'enunciazione dei valori costituzionali ha spiegato diversi effetti sul sistema del diritto privato.

Uno tra questi è stato quello di consentire una più matura comprensione di alcuni istituti civilistici. Si pensi alla clausola generale di buona fede, che è stata valorizzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza del secondo dopoguerra grazie all'associazione – seppur svolta in alcune occasioni in modo sbrigativo e irriflessivo – con il principio di solidarietà costituzionale. Nella regola di buona fede si è scorto il meccanismo per l'eticizzazione dei rapporti tra creditore e debitore, non nella forma minima del divieto di abusare del proprio diritto (cui può ricondursi l'idea di correttezza in senso stretto), bensì in quella di obblighi che si aggiungono al dovere di prestazione, nel senso o di integrarlo (obblighi strumentali) o di affiancarsi ad esso, al fine di presidiare interessi diversi da quelli afferenti alla soddisfazione del diritto di credito (obblighi di protezione). Pur muovendosi sempre sul piano dei rapporti individuali, è indubbio che questo “arricchimento” del rapporto obbligatorio, che dunque non trova più la propria fonte esclusiva nell'accordo, sia conforme a un canone di interesse generale, dal momento che riflette quell'afflato solidaristico che è proprio del modello costituzionale di organizzazione sociale. Ancor più significativa è stata la possibilità di giustificare, proprio in ragione del principio di cui all'art. 2 cost., l'estensione del regime degli obblighi di protezione anche nei confronti di terzi esposti al rischio specifico creato dal rapporto obbligatorio³⁰.

La penetrazione dei valori costituzionali nel tessuto dei rapporti individuali si è registrata anche con riferimento alla responsabilità civile. Attenta dottrina, ad esempio, ha potuto impiegare il principio solidaristico, declinato nell'interesse generale ad allocare il costo del danno secondo il minimo inconveniente possibile per la società, quale criterio con cui ricondurre ad unità le due *species* di responsabilità civile, per colpa e oggettiva, facendone emergere il comune effetto di deterrenza nei confronti dell'evento distruttivo di ricchezza³¹.

In altre occasioni, la novità della Costituzione è stata invece addirittura intesa in senso antagonistico al sistema del diritto privato come consegnato dalla storia. Alcuni studiosi

della nostra Costituzione impedisce di giungere a tale risultato. Sarebbe del resto contraddittorio che il potenziamento della solidarietà si convertisse nel misconoscimento di esse».

³⁰ Sia consentito, anche per i riferimenti, il rinvio a A. Nicolussi – G. Portonera, *Buona fede e rapporto obbligatorio*, in corso di pubblicazione nel Tratt. di diritto civile dir. da S. Mazzamuto.

³¹ Castronovo, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., p. 594 e 601 s. Anche P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 39, pur distinguendo il «campo della responsabilità in due parti nelle quali si esplicano due istituti che hanno diversi i presupposti e il modo di operare» (la responsabilità per colpa e quella oggettiva), ne aveva individuato un fine in qualche misura comune, delineato nella riduzione del rischio.

hanno evocato la scelta in favore delle classi “subalterne”, che si assumeva «già operata dalla Costituzione repubblicana»³², per battere la via del cosiddetto «uso alternativo del diritto», ossia del superamento, in chiave marxista, delle strutture economiche borghesi recepite dalla “sovrastruttura” del codice civile³³. Questa esperienza ha rappresentato, anche per il suo dichiarato retroterra ideologico, una delle punte di massima frizione tra interesse generale e interessi individuali all’interno del diritto privato, e certo ha contribuito – tra le altre cose – a delineare un modello (anche questo) *alternativo* rispetto a quello di tradizione liberale (pur recepito senza incertezze dalla stessa Costituzione: art.

101) del rapporto tra interprete, specie se giudiziale, e legislatore³⁴.

Meno problematica, dal punto di vista delle fonti, seppur carica di risvolti politici, è stata l’espressione di quell’antagonismo nel campo del diritto positivo, ove il profluvio di leggi speciali ha inaugurato quella che è stata icasticamente definita come «età della decodificazione». In questo contesto, la legislazione ordinaria «può e deve perseguire dati fini, che, dunque, vengono sottratti alla scelta ed alla valutazione di convenienza dei privati. [...] La selezione degli scopi rientra ormai nella competenza del legislatore, che perciò vuole in luogo dei privati o sollecita e promuove le loro volontà verso specifici traguardi»³⁵. Il risultato è una vigorosa compressione dell’autonomia privata, che diviene oggetto di quelle che sono state definite, con accento critico, «regole di organizzazione guidate da uno scopo»⁴¹. Esempio paradigmatico è stata la legge sull’equo canone, la quale fissava autoritativamente il contenuto economico del contratto di locazione, sicché l’interesse privato del locatore alle migliori condizioni contrattuali possibili (derivanti anche dal gioco della domanda e dell’offerta) veniva sacrificato di fronte a quello, giudicato preminente in

³² L. Ferrajoli, *Magistratura democratica e l’esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, in *L’uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*, (vd. nota successiva), p. 115.

³³ Gli atti del celebre convegno catanese del 1972 sono stati pubblicati in P. Barcellona (a cura di), *L’uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, I; Id., *Ortodossia giuridica e pratica politica*, II, Roma-Bari, 1973.

³⁴ Cfr. A. Nicolussi, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1216.

³⁵ N. Irti, *L’età della decodificazione*⁴, Milano, 1999, p. 30. All’ampliamento dello spazio che il “pubblico” ha occupato nella vita economica e collettiva è, insomma, corrisposto il ricorso crescente alla legge in funzione di orientamento della società, secondo quell’ottica programmatrice che caratterizza diverse sezioni della nostra Costituzione. È questa evoluzione, secondo la diagnosi di Irti, ad aver causato la frattura dell’unità sistematica del diritto privato, come racchiusa nel Codice, “unica legge per ogni materia”. L’elefantiasi statutale del secondo dopo guerra, infatti, ha condotto al proliferare di leggi speciali, le quali, per di più, non sono state solo “una per ciascuna materia”, bensì addirittura una per ogni differente prospettiva politica su ciascuna materia. D’altronde, se per il pensiero liberale che ha nutrito ideologicamente la stagione dei codici, la legge non è che una cornice di riferimento in grado di accogliere i più diversi accomodamenti pratici, per quello “welfaristico” la legge è regola di ogni dettaglio, sicché essa, al mutare delle maggioranze elettorali, va sostituita con una integralmente in tono con il colore politico del momento. ⁴¹ Hayek, *Diritto, legislazione e libertà*, cit., p. 224.

quanto generale, a favorire l'accesso all'abitazione anche per i cittadini in maggiore difficoltà economica.

Non può, infine, non farsi cenno alla cosiddetta *Drittwirkung*, giacché l'efficacia dei principi costituzionali non solo nei rapporti verticali tra Stato e cittadino, ma anche in quelli orizzontali tra cittadino e cittadino, si interseca ovviamente con il nostro discorso. La *Drittwirkung* può opportunamente espandere l'area di tutela di interessi individuali, soddisfacendo peraltro in via mediata l'interesse generale: così è avvenuto nel momento in cui la giurisprudenza ha valorizzato il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali della persona come mezzo per "liberare" l'art. 2059 c.c. dalle strettoie del solo illecito penalmente rilevante³⁶. Essa può, però, porsi anche come momento di potenziale sconvolgimento intra-sistemico. Così è, ad esempio, nel caso in cui il giudice cali, all'interno del rapporto contrattuale, un ideale di giustizia contrattuale, di cui si fa scopritore prima che interprete³⁷, con l'effetto di comprimere l'autonomia privata. Non è dubbio che una certa misura di giustizia contrattuale sia conforme all'interesse generale, come prova il fatto che il legislatore l'abbia filtrata in alcune disposizioni normative (rescissione, subfornitura, clausole vessatorie); tuttavia, l'autonomia individuale è essa stessa un valore costituzionalmente tutelato, sia pure in assenza di una espressa previsione, sicché l'opera di mediazione tra l'interesse generale e quello individuale va lasciata al legislatore.

4. L'orizzonte Europeo: il «Diritto Privato Regulatorio». In Particolare, la Tensione Tra le Diverse Politiche del Diritto del Consumo e la Nuova Frontiera Della Sostenibilità

Se la società moderna ha saputo superare l'indistinzione, propria della società borghese, tra i piani degli interessi privati e di quelli pubblici, un certo regresso si è registrato con il diritto di derivazione europea. Specialmente nella fase iniziale del processo di integrazione comunitaria, infatti, è riemersa la scelta di individuare l'*ubi consistam* dell'interesse generale nella garanzia del massimo grado di libertà individuale. Non si tratta, come noto, di un recupero *tout court* del liberalismo borghese, né tantomeno dell'importazione sul continente europeo del *liberalism* di matrice anglosassone. Si tratta, invece, del modello, elaborato in seno al pensiero ordoliberal tedesco, di una «società basata sul diritto privato» (*Privatrechtsgesellschaft*)³⁸, delle cui condizioni istituzionali – diritti di proprietà, concorrenza,

³⁶ Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973; Cass. civ., Sez.

Un., 11 novembre 2008, n. 26974; Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26975.

³⁷ Cfr. Benatti, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, cit., p. 8 s. e spec. 12 s., nt. 26.

³⁸ F. Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *ORDO*, 1966, p. 75 s.

certezza del diritto – lo Stato si fa assicuratore. Non a caso, si è proposto di qualificare il diritto privato europeo come «diritto regolatorio»³⁹, mettendone in rilievo una funzione che – negli ordinamenti cosiddetti welfaristi – era attribuito delle autorità pubbliche e oggetto di comandi e divieti.

La vocazione del diritto europeo a facilitare e incentivare le libertà individuali, servendo da *ius commune* di una società che su tali libertà sia basata⁴⁰, ha esercitato un’influenza positiva sui singoli ordinamenti nazionali, consentendo – tra le altre cose – di rivalutare, contro una sfortunata tendenza invalsa invece negli Stati nazionali del secondo dopoguerra, il legame tra libertà politica e libertà economica. Tuttavia – complice anche una certa povertà analitica del diritto europeo, tutto schiacciato sui poli opposti del contratto e del torto⁴¹ – alle volte non risulta chiaro fin dove possa essere spinta la consonanza tra interesse generale e interessi privati, né in che modo veramente il rapporto tra i due si sviluppi.

Si guardi, ad esempio, al prodotto normativo per eccellenza dell’Unione europea: il diritto dei consumatori. La dottrina più lucida ha da tempo avvertito una tensione, in seno a questo diritto secondo, tra due prospettive: l’una che guarda al consumatore come *persona* (muovendosi nei suoi confronti in un’ottica di protezione, alle volte persino paternalistica) e l’altra che pone il consumatore (più precisamente, le sue scelte di consumo) quale *strumento* per il perseguimento di obiettivi di concorrenza⁴². □ ben vedere, il progressivo scivolamento dell’attenzione del legislatore europeo dal consumatore “debole” a quello “medio” pare aver preluso a un riallineamento degli obiettivi di politica del diritto dalla tutela della persona in quanto tale – alla quale garantire capacità di preferenza in merito a modi, tempi e contenuti del consumo anche in quelle «situazioni in cui alla libertà di scelta non corrisponde un effettivo potere»⁴³ – alla garanzia delle condizioni di migliore efficienza del mercato⁴⁴.

³⁹ H-W. Micklitz, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law*, in *Yearbook of European Law*, 2009, p. 3 s.

⁴⁰ Così, testualmente, P. Sirena, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 112.

⁴¹ C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 11.

⁴² Si vedano, tra gli altri, A. Albanese, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 62 s.; S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1029 s.; C. Camardi, *Tecniche di controllo dell’autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, p. 831 s.; G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 18 s.; P. Perlingieri, *Il “diritto privato europeo” tra riduzionismo economico e dignità della persona*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 345 s.; G. Vettori, *Oltre il consumatore, in Persona e mercato*, 2011, p. 318 s.; E. Hondius, *The Internal Market and the Consumer: Has EU Consumer Law Come of Age?*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2014, p. 165.

⁴³ Cfr. A. Barba, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. XV s.

⁴⁴ Si veda ora, in particolare, L. Guffanti Pesenti, *Scorrettezza delle pratiche di commerciali e rapporto di consumo*, Napoli, 2020, p. 62 s.

Va da sé che il consumatore trae beneficio da un adeguato sistema concorrenziale; tuttavia, se è l'interesse generale a costituire il punto di riferimento della disciplina, potrebbero pure autorizzarsi interpretazioni funzionalistiche che, nel nome dell'efficienza cui tendere per il guadagno sociale che ne consegue, finiscano per risultare favorevoli non al consumatore, bensì ad altri soggetti che operano sul mercato⁴⁵. Si pensi, ad esempio, alla garanzia cosiddetta in forma specifica, che consente al consumatore di chiedere la riparazione del bene difettoso o la sua sostituzione (art. 130 cod. cons.). Non è indifferente che questa sia concepita come strumento nell'interesse (individuale) del consumatore ovvero nell'interesse (generale) dell'efficienza degli scambi: giacché solo nel primo caso, qualora il venditore non sia in grado di soddisfare adeguatamente questo interesse, il consumatore avrà diritto di essere rimesso nella condizione di ritornare sul mercato; di converso, nel secondo caso la garanzia potrebbe finire per essere concepita come uno strumento per vincolare il consumatore al contratto, impedendogli di tornare sul mercato⁴⁶.

Peraltro, è da segnalare – perché rilevante ai fini del nostro discorso – un'ulteriore evoluzione dell'agenda politica dell'Unione Europea. Dopo un lungo periodo in cui la priorità era attribuita all'apertura dei mercati in senso concorrenziale, un'attenzione sempre maggiore è ormai riservata alla promozione della cosiddetta “sostenibilità”. Quest'ultima è, in verità, da sempre inscritta nel Trattato UE (art. 3 co. 3), ma solo nel più recente passato – in concomitanza con l'emersione, nel dibattito pubblico, della questione del cosiddetto *climate change* e delle sue conseguenze sociali – ha indotto l'UE ad assumere iniziative normative in proposito. □ d esempio, proprio in nome di una maggiore sostenibilità, la Commissione europea ha avviato il processo di revisione della direttiva sui beni di consumo, segnalando la possibilità di rendere prioritaria l'opzione della riparazione del bene difettoso rispetto a quella della sua sostituzione (giacché quest'ultima è giudicata meno sostenibile sul piano ambientale), o persino di farne l'unico rimedio attivabile dal consumatore, ove questo abbia un costo minore o identico a quello della sostituzione⁴⁷. Non più, dunque, una scelta tra i due

⁴⁵ Da ultimo, è Albanese, *L'uguaglianza formale e sostanziale nel mercato*, cit., p. 5-10 (ove il richiamo a J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Torino, 1992, p. 21) a ricordare l'esigenza di tenere concettualmente distinto il piano dell'«efficiente funzionamento del mercato [...] dall'interesse di cui è portatore il singolo contraente, il quale è a sua volta meritevole di una specifica tutela, secondo regole che devono essere giuste per i soggetti interessati e non solamente utili per la collettività».

⁴⁶ Lo ha messo in rilievo A. Nicolussi, *Etica del contratto e “Contratti ‘di durata’ per l'esistenza della persona”*, in L. Nogler – U. Reifner (a cura di), *Life Time Contracts: Social Long-term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague, 2014, p. 135.

⁴⁷ *Sustainable consumption of goods – promoting repair and reuse*, il cui testo è disponibile a questo link: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13150-Sustainable-consumption-of-goods-promoting-repair-and-reuse_en.

rimedi alternativi, ma una gerarchizzata in ragione della preminenza dell'interesse generale su quello individuale. È facile supporre, peraltro, che ulteriori limiti potrebbero essere valutati in riferimento all'uscita dal contratto per il consumatore, visti i costi – in termini di sostenibilità – del ritorno sul mercato di quest'ultimo.

Se la sostenibilità è la grande questione dei tempi presenti, il diritto privato non può disinteressarsene né ritenersene intangibile, sicché non è una sorpresa che nel suo ambito faccia ingresso l'apprezzamento dell'interesse generale a uno sviluppo sostenibile, quale suo nuovo «compito sociale»⁴⁸. È sempre bene ricordare, però, che il diritto privato si misura con le sfide della contemporaneità non alla maniera degli altri settori dell'ordinamento, bensì fornendo un contributo precipuo: nel caso che ci occupa, esso consente di mettere in presa diretta la questione della sostenibilità con la persona, senza che il rapporto sia mediato da considerazioni strumentali relative al mercato o alle condizioni generali dell'ecosistema⁴⁹. Proprio questo carattere precipuo deve informare la mediazione, resa possibile dal diritto civile, tra l'interesse generale e quello individuale, suggerendo, ad esempio, l'adozione di incentivi di mercato alla riparazione in luogo della sostituzione o della risoluzione del contratto: e si pensi, allora, alla possibilità – valutata dalla stessa Commissione – di estendere il periodo di garanzia legale nel caso in cui il consumatore attivi il rimedio della riparazione, oppure di consentire una riparazione a prezzo agevolato – come alternativa all'acquisto di un nuovo bene – nel caso di esaurimento del periodo di garanzia.

Altra strada che merita di essere esplorata, per la mediazione elastica (anche se non scevra da controversi aspetti etici) tra interesse privato e generale, è poi quella del cosiddetto *nudging*, nel quale si ritrova – sia pure filtrata dagli studi di *behavioral economics* e con la struttura peculiare dell'*opt-out* – una prospettiva ben nota al giurista italiano, ossia quella di incentivazione delle condotte umana propria del diritto cosiddetto promozionale⁵⁰.

⁴⁸ Cfr., con particolare riferimento alla cosiddetta *climate change litigation*: L. Serafinelli, *La responsabilità civile come tecnica di compensazione assiologica degli interessi climatici nell'inerzia delle politiche legislative. Un'analisi comparatistica di controversie private per pubblici interessi*, in *DPCE online*, 2022, p. 2197 s.; B. Pozzo, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. Sindico, M. M. Mbengue (a cura di), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Berlin, 2021, p. 593 s.; C. V. Giabardo, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation through Litigation?*, in *Diritto e Processo. Derecho y Proceso – Right & Remedies*, Perugia, 2019, p. 316 s.; C.M. Masieri, *La Law of Torts alla prova dei cambiamenti climatici*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2022, p. 457 s.

⁴⁹ Così F. Zecchin, *Sviluppo sostenibile delle catene di fornitura internazionali e diritti inviolabili*, in *Jus*, 2022, p. 398.

⁵⁰ Si vedano i saggi di N. Bobbio, *La funzione promozionale del diritto e Le sanzioni positive* in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007. Sul *green nudging*, in particolare, si veda M. Santos Silva, *Nudging and Other Behaviourally Based Policies as Enablers for Environmental Sustainability*, in *Laws*, 2022, 11, 9, disponibile a questo link: <https://doi.org/10.3390/laws11010009>.

5. Di Quali Interessi Generali, e in Quale Modalità, Può Farsi Carico il Diritto Civile. Il Caso Paradigmatico Della Responsabilità Civile, tra Criterio di Imputazione Oggettiva e Funzione Punitiva.

L'*excursus* storico che abbiamo svolto vale a confermare un dato ormai acquisito negli studi: il rapporto tra interessi privati e interessi generali viene declinato, in ciascuna stagione del diritto civile, secondo prospettive ricavate dal più generale orientamento di politica sociale ed economica dominante in ciascuna fase storica. Né potrebbe essere altrimenti, giacché il diritto privato è esso stesso prodotto sociale, e riceve dunque i suoi contenuti dall'esperienza umana che è chiamato ad ordinare. Così, se lo Stato monoclasse ha potuto trattare gli interessi generali quasi come epifenomeno della tutela degli interessi privati, lo Stato pluriclasse (e poi pluralista) ha dovuto scandire i diversi piani, così da rendere possibile quell'opera di mediazione e di tutela del conflitto sociale che proprio l'interesse generale imponeva di svolgere. E, se con l'avvento del diritto europeo, questa scansione in piani è divenuta più incerta, nondimeno essa resta ancora necessaria.

Lo si è autorevolmente ribadito in riferimento alla diversa – e, invero, sovraordinata – questione della *actio finium regundorum* tra diritto civile e diritto pubblico, là dove si è messo in rilievo che «in ciascuno dei due ambiti, [c'è] uno spazio intangibile, delimitato da una linea che non può arretrare. Questa linea è fissata dalla Costituzione, dalla cultura filosofico-politica che sta a base o sullo sfondo della Costituzione, da una storia giuridica che risale al diritto romano. [...] In un ordinamento liberaldemocratico c'è un diritto pubblico e c'è un diritto privato, ciascuno dei quali ha uno spazio o un nucleo non comprimibile: due spazi che non sono fungibili o sovrapponibili»⁵¹.

A ben vedere, le questioni che vengono in rilievo sono allora due. La prima, che involge la definizione degli spazi reciproci tra i termini della «grande dicotomia» pubblico-privato, ha a che fare con il tipo di interessi generali di cui il diritto civile può farsi carico. La seconda, interna al sistema di diritto civile, ha invece per oggetto il modo con cui quell'interesse generale, una volta accolto, deve trovare espressione. □ entrambe le questioni non può fornirsi una soluzione aprioristica: nell'un caso, perché si deve tenere conto della mutevole incidenza di fattori ideologici, culturali e sociali in senso ampio, nonché delle esigenze pratiche di una determinata fase storica⁵²; nell'altro, perché la scienza giuridica più

⁵¹ G. Corso, *Diritto pubblico e diritto privato: il confine è mobile, ma esiste*, in L. Nivarra – A. Plaia (a cura di), *I mobili confini del diritto privato*, Torino, 2018, p. 55.

⁵² Pugliatti, *Diritto pubblico e diritto privato*, cit., p. 745-746.

consapevole, pur mantenendo ferma l'esigenza di un discorso razionale e controllabile, non tratta le categorie alla stregua di noumeni, ma le sottopone al vaglio dei problemi, ammettendone di conseguenza una relativizzazione⁵³.

Rifiutare l'apriorismo non equivale, però, a rifugiarsi in una sorta di agnosticismo, che induca a ritenere ogni risposta, per il sol fatto di essere possibile, anche accettabile. Quanto al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, si è appena ricordato che il confine, pur mobile, non è anche labile, e va preservato in quanto consente di evitare l'annullamento della società nello Stato o la liquefazione dello Stato nella società: esiti opposti – il primo totalitario, il secondo premoderno – ma ugualmente indesiderabili. Quanto all'espressione degli interessi generali in seno al diritto civile, ciò deve avvenire in forme e modalità che risultino compatibili con quel «nucleo non comprimibile» che potrebbe dirsi identitario e costitutivo del sistema stesso. Per di più, la relativizzazione delle categorie incontra un limite di flessibilità che, se non si vuol fare violenza anzitutto al principio di verità della forma giuridica, finisce per sottrarle a una assoluta malleabilità secondo le opinioni o le mode del momento.

Si è già fatto l'esempio della responsabilità civile; se ora lo si richiama, non è per difetto di originalità, ma perché questa – essendo tra i più “pubblici” degli istituti di diritto civile, e dunque assidendo al crocevia dei problemi venuti in rilievo – ben si presta a fungere da paradigma di riferimento. Posta di fronte al problema dei costi sociali dei danni tipici della civiltà industriale e di massa, la dottrina più avvertita ha saputo superare il dogma individualista del «senza colpa, nessuna responsabilità», scoprendo la giustificazione del criterio di imputazione oggettiva direttamente nel presidio dell'interesse generale (l'allocatione del costo del danno presso colui è in grado di evitarlo nel miglior modo possibile⁵⁴). Ciò è stato foriero di un riallineamento di prospettive di giustizia: nella responsabilità oggettiva, a risultare preminente non è tanto quella giustizia commutativa che pure storicamente segna tutto il sistema del diritto privato, ma una giustizia di tipo distributivo, la quale viene di solito considerata attributo del diritto pubblico. Si presti, però, attenzione al punto qualificante di questo passaggio: il diritto civile, per il tramite dell'istituto in parola, si fa carico dell'interesse generale alla prevenzione dell'evento distruttivo di

⁵³ È l'insegnamento di L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in Id., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 11 s.

⁵⁴ Cfr. C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 492-493, sulla scorta di G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi-economica giuridica*, Milano, 2015, rist. inalt., p. 183 s. e Id., *Optimal Deterrence and Accidents*, in *Yale*

ricchezza, ma sempre secondo una logica che è compatibile con il *proprium* di questo sistema, che nel caso di specie è quella dell'obbligazione di risarcimento del danno.

Diversa è la questione, invece, dell'ascrivibilità di una funzione punitiva alla responsabilità civile, che alcune fughe in avanti giurisprudenziali, peraltro a valle di precise sollecitazioni dottrinali e ambigui segnali legislativi, hanno riproposto quale mezzo di repressione di condotte sociali indesiderabili e nocive, alla maniera degli strumenti del diritto penale o del diritto amministrativo sanzionatorio. Pure ammettendo che di questo interesse generale possa farsi carico il diritto civile⁶¹, e dunque risolvendo positivamente la prima delle domande su esaminate, comunque l'idea di una responsabilità "ultra-riparatoria" in funzione punitiva non risulta persuasiva. Vi si oppone, infatti, il limite dal danno come perdita da riparare, che risulta sottratto non solo all'interprete nel caso concreto, ma anche al legislatore sul piano generale e astratto: sicché, se proprio oltre questo limite si vorrà andare, l'eccedenza che così verrà a prodursi non sarà parte del rimedio risarcitorio, ma altro da esso – sarà, nella maggior parte dei casi, quello che può essere descritto nei termini di "pena privata" o di "sanzione civile". Per tale ragione, la questione non tocca lo statuto della responsabilità civile, e semmai indirizza lo studioso, che voglia individuare forme di espressione compatibili con i limiti del sistema, verso l'analisi di altri istituti⁶².

L.J., 1975, p. 666. Si vedano anche S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 164 s., nonché Id., *Presentazione* a Calabresi, *Costo degli incidenti*, cit., p. XLV s., e il già richiamato Trimarchi.

⁶¹ Cfr. F.sca Benatti, Una riflessione comparatistica sulla sanzione civile, in corso di pubblicazione su Jus, 2023, e Id., I danni nominali nella teoria delle funzioni della responsabilità civile, in Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio, cit., p. 130-137. Si ringrazia l'autrice per aver messo a disposizione il manoscritto.

⁶² Sia consentito il rinvio a G. Portonera, Punitive damages, cosiddetti danni punitivi e risarcimento. Un approccio comparatistico allo statuto della responsabilità civile, in Eur. dir. priv., 2021, p. 770-776, e Id., Appunti sul presente e sul futuro del sistema sanzionatorio civilistico, in corso di pubblicazione su Jus, 2023.

Fonseca, Isabel Celeste; Ferraresi, Camilo Stangherlim. As Smartcities e o ODS 11: o direito à cidade (inteligente) como fio condutor para (re) organização de cidades inteligentes, sustentáveis e resilientes. Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 233-249. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

AS SMARTCITIES E O ODS 11: O DIREITO À CIDADE (INTELIGENTE) COMO FIO CONDUTOR PARA (RE) ORGANIZAÇÃO DE CIDADES INTELIGENTES, SUSTENTÁVEIS E RESILIENTES

Isabel Celeste Fonseca¹

University of Minho

isabel.uminho@gmail.com

Camilo Stangherlim Ferraresi²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (São Leopoldo - RS)

camilostangherlimferraresi@gmail.com

DOI: <https://doi.org//10.62140/IFCF351843725>

Recebido em: 29/12/2022

Aprovado em: 14/01/2023

¹ PhD degree in Public Law at Law Faculty of University of Coimbra. Professor at University of Minho Law School and Director of Administrative Law Master. Researcher at JusGov, Center for Research in Justice and Governance, University of Minho Law School. Member of the editorial board of the magazine: Cadernos de Justiça Administrativa e Questões Actuais de Direito Local. Has experience of participating in European research projects on topics involving the application of Information and Communication Technologies. Author of monographs and scientific articles in the area of administrative law and administrative organization and in particular in the fields of smart cities, public contracting law, administrative organization law and administrative procedural law.: Estudos de Direito das Autonomias Locais, Coimbra, Gestlegal, 2020; Isabel Fonseca (ed.), E.Governança), Transparência e Proteção de Dados, JusGov, 2021 (Almedina, Coimbra).

² Doutor em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos (São Leopoldo - RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB). Investigador do Projeto Smart Cities and Law, E.Governance and Rights: Contributing to the definition and implementation of a Global Strategy for Smart Cities, Investigador Responsável Isabel Celeste Fonseca, com a referência NORTE-01-0145-FEDER-000063 <https://smartcitiesandlaw.pt/> - Escola de Direito da Universidade do Minho.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Resignificação do Direito à Cidade (Inteligente) e os Elementos Estruturantes das *Smart Cities*; 3. O Direito à Cidade (Inteligente) como fio condutor para (re)organização de cidades inteligentes, sustentáveis e resilientes; Considerações Finais.

Resumo: O artigo se refere ao Direito à Cidade (Inteligente) como fio condutor para (re)organização de cidades inteligentes, sustentáveis e resilientes no cenário das mudanças climáticas e Desastres Ambientais. O processo acelerado de urbanização e o impacto das mudanças climáticas colocam as cidades no centro das questões globais em relação ao meio ambiente e a equidade intergeracional. O principal desafio é a transformação dos espaços urbanos em cidades inteligentes e sustentáveis para enfrentar os riscos decorrentes da urbanização mundial e a adoção de medidas para a redução das emissões de gases de efeito estufa, promover um desenvolvimento urbano ambientalmente sustentável e garantir as gerações futuras recursos naturais para atender suas próprias necessidades. A partir desse contexto, o problema que o artigo pretende enfrentar pode ser assim delineado: em que medida o Direito à Cidade (Inteligente) como horizonte de sentido das *Smart Cities* é o modelo adequado de (re)organização do espaço urbano para o cenário de mudanças climáticas e ambientais? Como resultado da pesquisa se observou que os elementos estruturantes das cidades inteligentes devem estar conectados a Agenda 2030 da ONU, que se coloca como condição de possibilidade para a (re)organização de espaços urbanos sustentáveis e resilientes, com o reconhecimento da proteção da natureza enquanto sujeito de direitos. A *Smart City* como um espaço de convivência projetado humanamente para a aprendizagem, impulsionadas pelas novas tecnologias e por uma ocupação diferenciada do solo urbano orientado pelo Direito à Cidade (Inteligente) se coloca como estruturas sustentáveis e resilientes adequadas para enfrentar os desafios do cenário das mudanças climáticas.

Palavras-chave: Direito à Cidade (Inteligente); *Smart Cities*; Sustentabilidade; Mudanças Climáticas.

Abstract: The article refers to the Right to the (Smart) City as a guiding principle for the (re)organization of smart, sustainable and resilient cities in the scenario of climate change and Environmental Disasters. The accelerated process of urbanization and the impact of climate change place cities at the center of global issues regarding the environment and intergenerational equity. The main challenge is the transformation of urban spaces into smart and sustainable cities to face the risks arising from global urbanization and the adoption of

measures to reduce greenhouse gas emissions, promote environmentally sustainable urban development and guarantee future generations. natural resources to meet their own needs. From this context, the problem that the article intends to face can be outlined as follows: to what extent the Right to the (Smart) City as a horizon of meaning of Smart Cities is the adequate model of (re)organization of the urban space for the scenario of climate and environmental changes? As a result of the research, it was observed that the structuring elements of smart cities must be connected with the UN Agenda 2030, which is a condition of possibility for the (re)organization of sustainable and resilient urban spaces, with the recognition of the protection of nature as a subject of rights . The Smart City as a living space humanly designed for learning, driven by new technologies and by a differentiated occupation of urban land guided by the Right to the City (Smart) stands as sustainable and resilient structures suitable to face the challenges of the changing scenario weather.

Keywords: Right to the (Smart) City; *Smart Cities*; Sustainability; Climate changes.

Introdução

O processo acelerado de urbanização e o impacto das mudanças climáticas colocam as cidades no centro das questões globais em relação ao meio ambiente e a equidade intergeracional. As cidades ocupam apenas 4% da superfície da Terra, mas consomem 67% da energia e respondem por 70% das emissões de gases de efeito estufa (GEE). A urbanização deverá continuar projetando-se, para 2050, cerca de 70% da população mundial vivendo nas cidades. (ONU-HABITAT, 2022).

Nesse contexto, o maior crescimento populacional futuro será em áreas urbanas e, geralmente, em ocupações em situação de risco, que aumentam o papel fundamental das cidades na abordagem da mudança climática (UN ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP), 2019). Com isso, a possibilidade de desastres naturais atingirem esses espaços urbanos ocupados pela maioria da população mundial é real e, por essa razão, a (re)organização dos espaços urbanos se faz necessário de forma a (re)pensar o planejamento urbanístico de modo a dar respostas rápidas a situações de risco para a população.

O principal desafio é a transformação dos espaços urbanos em cidades inteligentes e sustentáveis para enfrentar os riscos decorrentes da urbanização mundial e a adoção de medidas para a redução das emissões de gases de efeito estufa, promover um desenvolvimento urbano ambientalmente sustentável e garantir as gerações futuras recursos naturais para atender suas próprias necessidades.

Dessa forma, o problema que o artigo pretende enfrentar pode ser assim delineado: em que medida o Direito à Cidade (Inteligente) como horizonte de sentido das *Smart Cities* é o modelo adequado de (re)organização do espaço urbano para o cenário de mudanças climáticas e ambientais?

A Ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente) e os Elementos Estruturantes das Smart Cities

O Direito à Cidade foi inicialmente concebido por Lefebvre como o direito ao encontro, à criação e à participação no processo de construção do espaço urbano. (LEFEBVRE, 2016). Harvey (2014), ao analisar o Direito à Cidade em Henry Lefebvre, explica que o seu surgimento foi uma queixa e uma exigência, ou seja, “a queixa era uma resposta à dor existencial de uma crise devastadora da vida cotidiana na sociedade”.

(HARVEY, 2014, p. 11).

O direito à cidade enquanto queixa e exigência é um conceito vivo e a emergência das mudanças climáticas, bem como o acelerado desenvolvimento tecnológico contemporâneo, exigem do Direito movimentos de resignificação constante. Nesse contexto de resignificação, o primeiro momento do processo de juridicização do Direito à Cidade foi seu reconhecimento jurídico como Direito Humano Coletivo; em seguida, a resignificação para Direito à Cidade Sustentáveis; e atualmente, em um terceiro movimento, no contexto da sociedade hipercomplexa e da 4.^a revolução industrial, a resignificação orientada pelos Direitos Humanos e com o diálogo com o ODS 11 da Agenda 2030, o Direito à Cidade Inteligente. (FERRARESI, 2021).

O Direito à Cidade Inteligente é um direito construído a partir dos reclamos dos movimentos sociais e da sociedade civil organizada. É um direito que nasce das reivindicações, das lutas sociais, por uma cidade mais justa, com participação popular no planejamento urbano e igualdade social. É um novo paradigma para (re)pensar a cidade, é um novo olhar para a paisagem urbana e buscar soluções inteligentes, inclusivas, sustentáveis e democráticas, para os (des)arranjos sociais do espaço urbano, possibilitando a participação de todos os atores e atrizes envolvidos nesse retrato urbano com ampliação da cidadania e da governança participativa. O Direito à Cidade é o “direito de participação na construção da cidade, no sentido de apropriação do espaço urbano pelos cidadãos. (FERREIRA, 2020, p. 229).

A inovação tecnológica e o auxílio das novas tecnologias de dados e de comunicação se inserem como possibilidade de inclusão das pessoas nos processos de tomadas de decisão para projetar e planejar a urbanização com base nos princípios da justiça social, da equidade, dos Direitos Humanos, a partir dos anseios individuais e coletivos dos habitantes das cidades. Nesse cenário de (re)significação para adequação dos espaços urbanos de modo a atender a existência digna e segura dos seres humanos, bem como, do papel do direito como horizonte de possibilidades para modelos urbanísticos digitais, sustentáveis, inclusivos, seguros e resilientes, as *Smart Cities* se colocam como modelo adequado para a transformação das cidades.

Contudo, não há um conceito único sobre o que são cidades inteligentes e a indefinição jurídico conceitual é um desafio para o Direito (FONSECA; PRATA, 2019), mas existe um consenso de que uma cidade inteligente deve ter como foco as pessoas, a melhoria da qualidade de vida da sua população. O conceito multidisciplinar e acadêmico para as *Smart Cities* congrega temas como “governança, vida em sociedade, mobilidade urbana, uso intensivo de dados e tecnologia, preocupação ecológica, usos e produção sustentável, utilização com finalidade pública das redes sociais” (GUIMARÃES; XAVIER, 2016, p.1365), bem como, economia criativa, economia circular, economia colaborativa (sharing economy).

(GUIMARÃES; XAVIER, 2016).

Nessa perspectiva, Klaus Schwab destaca que as cidades inteligentes “conectarão serviços, redes públicas e estradas à internet. Essas cidades irão gerenciar sua energia, fluxos de materiais, logística e tráfego”. E muito mais do que isso: “as cidades inteligentes estão continuamente ampliando sua rede tecnológica de sensores e trabalhando suas plataformas de dados, que serão o centro de conexão de diferentes projetos tecnológicos e da adição de serviços futuros, com base na análise de dados e modelagem preditiva”. (SCHWAB, 2016, p.

135).

Pode-se destacar possíveis impactos positivos das cidades inteligentes como, por exemplo, o aumento da eficiência na utilização dos recursos; aumento da produtividade; aumento da densidade; melhoria da qualidade de vida; efeito sobre o meio ambiente; melhor acesso da população em geral aos recursos; menor custo de prestação de serviços; maior transparência em torno de uso e estado dos recursos; diminuição da criminalidade; aumento

da mobilidade; geração e consumo descentralizados de energia alternativas; produção descentralizada de bens; aumento da resiliência aos impactos das mudanças climáticas, redução da poluição, aumento do acesso à educação; acessibilidade mais rápida aos mercados; mais empregos; e, governo eletrônico mais inteligente. (SCHWAB, 2016).

Diante da inexistência de um conceito jurídico único para delimitação do significado das *Smart Cities*, necessário a identificação de elementos estruturantes comuns que permitam orientar o planejamento urbano e favorecer as potencialidades que emergem a partir das novas tecnologias. Inicialmente, pode-se destacar que cidades inteligentes e resilientes seriam, então, cidades baseadas em um modelo inteligente de gestão ancorado em tecnologias de informação e comunicação, cujo objetivo repousa em maneiras de viabilizar a sustentabilidade em todas as suas interfaces. (LEITE, 2012, p. 09). Nesse diapasão, o Banco Interamericano de Desenvolvimento define cidades inteligentes como

[...] aquela que coloca as pessoas no centro do desenvolvimento e as tecnologias de informação e comunicação na gestão urbana, e utiliza estes elementos como ferramentas para estimular o desenho de um governo efetivo que inclui o planejamento colaborativo e a participação cidadã. (ANDRADE; FRANCESCHINI, 2017, p. 3852).

□ s cidades inteligentes utilizam informação e tecnologia para “melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos, reduzir a pobreza e impulsionar a prosperidade de seus cidadãos, e para aumentar a eficiência e transparência de suas operações e serviços urbanos”. (ANDRADE; FRANCESCHINI, 2017, p. 3852). Por outro lado, Aguilar (2017) aponta características estruturantes para um modelo de cidade inteligente, que tem por objetivo ser mais econômica e ambientalmente sustentável:

La ciudad inteligente busca incrementar la calidad de vida de sus ciudadanos a través del uso de las tecnologías inteligentes (Big Data, Iot, M2M, sensores, tecnologías de visualización, impresión 3D, plataformas cloud, open data y plataformas de open data) mejorando la calidad y eficiencia de los servicios prestados tanto para los organismos públicos como para las empresas, con el objetivo de conseguir una ciudad más económica y ambientalmente sostenible. (AGUILAR, 2017, p. 209).

Por seu turno, a Carta Brasileira para as Cidades Inteligentes apresenta o conceito:

CIDADES INTELIGENTES São cidades comprometidas com o desenvolvimento urbano e a transformação digital sustentáveis, em seus aspectos econômico, ambiental e

sociocultural, que atuam de forma planejada, inovadora, inclusiva e em rede, promovem o letramento digital, a governança e a gestão colaborativas e utilizam tecnologias para solucionar problemas concretos, criar oportunidades, oferecer serviços com eficiência, reduzir desigualdades, aumentar a resiliência e melhorar a qualidade de vida de todas as pessoas, garantindo o uso seguro e responsável de dados e das tecnologias da informação e comunicação. (BRASIL, 2020).

Dos conceitos apresentados e no contexto da emergência acelerada do desenvolvimento tecnológico, as *Smart Cities* como modelos de cidades do futuro para atender aos desafios das questões globais, exigem do Direito a ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente) como horizonte de sentido a mediar a (re)organização do espaço urbano. E aqui se insere a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas que estabeleceu os 17

Objetivos de Desenvolvimentos Sustentável (ODS), sendo que o objetivo 11 trata especificamente das cidades e possui 10 metas. (ONU, 2015). De acordo com o compromisso internacional representado pela Agenda 2030, as cidades devem se adequar para ser mais inclusivas, seguras, sustentáveis e resilientes a desastres ou a eventos incomuns. Pode-se apontar a meta 11.3 que prevê que até 2030, deve-se aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e a capacidade para o planejamento e a gestão participativa, integrada e sustentável dos assentamentos humanos, bem como, proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, em particular para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência.

O Direito à Cidade Inteligente é resultado das reivindicações de movimentos sociais, da sociedade civil organizada, a partir da exigência de melhores condições materiais para uma vida urbana com dignidade. Nesse diapasão o fortalecimento e a ampliação da cidadania no contexto local, impulsionado pelas novas tecnologias (inclusão digital) é o caminho por meio de uma governança local e participativa para a (re)construção dos espaços urbanos inteligentes. A governança local e participativa é materialização do Direito à Cidade descrito por Lefebvre, com a participação dos habitantes das cidades no processo de tomada de decisões de interesse local.

A (re)organização dos espaços urbanos com a finalidade de humanização das cidades, a partir do modelo das *Smart Cities* deverá ser orientado pelo Direito Humano à Cidade Inteligente ressignificado em diálogo com Agenda 2030, a partir de um plano de transição digital e com a incorporação de elementos estruturantes inclusão, sustentabilidade, resiliência

e segurança. As metas previstas no objetivo 11 estão relacionadas diretamente com a (re)adequação das cidades de modo a (re)construir espaços urbanos inteligentes, inclusivos, sustentáveis e resilientes que impactarão na (in)efetividade dos direitos humanos.

Os elementos estruturantes podem-se desdobrar a pressupostos ou pilares de orientação para as cidades inteligentes, ou seja, inovação tecnológica, pessoas inteligentes, economia inteligente, modo de vida inteligente, mobilidade, meio ambiente e governação local inteligente (FONSECA; PRATA, 2019), “onde todos esses pilares se tornam interdependentes” (FONSECA; PRATA, 2019, p. 249) e o “Direito será essencial para estruturar de forma coordenada esta nova realidade emergente, evitando ir a reboque da mesma, como tem acontecido até então. (FONSECA; PRATA, 2019, p. 253).

Os elementos identificados como estruturantes do modelo de *Smart City* dialogam entre si e se complementam, haja vista que sustentabilidade, resiliência, inclusão, segurança e transição digital são elementos que são condições necessárias para materialização do outro. E por serem elementos interdependentes, são elementos estruturantes, ou seja, são as bases fundamentais para o reconhecimento ou definição de um espaço urbano inteligente. A inteligência das cidades a partir da utilização de tecnologias e da governança participativa é ponto central para o futuro das cidades sustentáveis, seguras, resilientes, inclusivas e virtuais.

(FERRARESI, 2021).

O Direito é fio condutor dos elementos estruturantes e dos pressupostos ou pilares para a (re)organização das cidades a partir das experiências das *Smart Cities* de forma a contribuir com o planeamento urbano para a (re)construção das cidades do futuro. O Direito se coloca, portanto, como acoplamento estrutural indispensável para garantir a juridicização do Direito à Cidade Inteligente, que incorpora(á) os elementos estruturantes da ODS 11, num contexto de cidade inovadoras e do futuro, conjunto este a ser iluminado e orientado pelo conteúdo dos Direitos Humanos.

O Direito à Cidade (Inteligente) como Fio Condutor para (Re)Organização de Cidades Inteligentes, Sustentáveis e Resilientes

As mudanças climáticas é um dos fatores de aumento considerável do risco e da ocorrência de desastres. A emissão de gases de efeito estufa (CO₂) é a origem das mudanças climáticas. As cidades ocupam apenas 4% da superfície da Terra, mas consomem 67% da energia e respondem por 70% das emissões de gases de efeito estufa. Os estudos científicos apontam com segurança que os gases do efeito estufa causarão aquecimento significativo na

temperatura do planeta, bem como, outras alterações perigosas no clima, inclusive há cientistas que estão certos de que a mudança climática já começou. (FABER; CARLARNE, 2018).

O aquecimento global médio de 2°C deixaria a Terra mais quente do que há milhões de anos e, com o aumento de temperatura, a ocorrência de eventos extremos como incêndios, inundações e ondas de calor se tornarão mais generalizados. (FABER; CARLARNE, 2018). Por outro lado, se as emissões não forem controladas e o aquecimento médio for 4°C as consequências podem ser devastadoras, com a inundação de cidades costeiras; aumento dos riscos para a produção de alimentos, regiões secas se tornando mais secas, as regiões úmidas mais úmidas; ondas de calor sem precedentes muitas regiões, especialmente nos trópicos; escassez de água; aumento da frequência de ciclones tropicais de alta intensidade; e perda irreversível da biodiversidade. (FABER; CARLARNE, 2018).

Délton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena apontam que os “desastres climáticos, por exemplo, estão tendencialmente a crescer, conforme demonstra o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2007-2008 das Nações Unidas [...]” (CARVALHO, DAMACENA, 2013, p. 24). De acordo com esse relatório, no período de

2000 a 2004 houve um aumento significativo da ocorrência de desastres climáticos, atingindo 262 milhões de pessoas por ano. (CARVALHO, DAMACENA, 2013). Diante disso, explicam que com o aumento da ocorrência de desastres climáticos os modelos de avaliação de riscos e perigos tornaram-se mais complexos, “[...] bem como, tornando cada vez mais turvas as intersecções entre danos ambientais tradicionais e aqueles dotados de especificidades de desastres (grande magnitude, duradouros e efeitos combinados sinergeticamente). (CARVALHO, DAMACENA, 2013, p. 24).

Nesse cenário de mudanças climáticas e desastres naturais, as *Smart Cities* se colocam como modelos adequados de cidades do futuro, uma vez que entre seus elementos estruturantes estão a sustentabilidade e resiliência, que insere a responsabilidade ambiental intergeracional e a capacidade de resistir e de se recuperar em uma situação difícil. A perspectiva ambiental atravessa as demais características da *Smart City*, é como se fosse um elo de ligação dos elementos apontados, a partir da mediação da tecnologia. No caso das mudanças climáticas e dos eventos ambientais desastrosos, esse panorama poderá auxiliar na preparação da cidade para a chegada de tempestades, ventos fortes, dentre outros fenômenos da natureza.

De acordo com a ONG programa cidades sustentáveis, é necessário a promoção da mobilidade sustentável, reconhecendo a interdependência entre os transportes, a saúde, o ambiente e o direito à cidade. Nesse diapasão, aponta que é preciso reduzir a necessidade de utilização do transporte individual motorizado e promover meios de transportes coletivos acessíveis a todos, a preços módicos; aumentar a parcela de viagens realizadas em transportes públicos, a pé ou de bicicleta; desenvolver e manter uma boa infraestrutura para locomoção de pedestres e pessoas com deficiências, com calçadas e travessias adequadas; acelerar a transição para veículos menos poluentes; reduzir o impacto dos transportes sobre o ambiente e a saúde pública; desenvolver de forma participativa um plano de mobilidade urbana integrado e sustentável. (PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS, 2016).

Assim, como destacado anteriormente, as cidades inteligentes devem organizar os elementos estruturantes sustentabilidade e resiliência que possibilitam respostas rápidas e adequadas, diante da ocorrência de desastres ambientais, como por exemplo, enchentes fora de época em razão das mudanças climáticas, entre outros eventos naturais. A resiliência, como característica da cidade, será fundamental para o enfrentamento adequado de eventuais desastres, porque resiliência tem sua origem no latim, e significa “voltar ao seu estado original”, ou seja, é a capacidade da cidade retomar seu funcionamento de natural após situações de graves perturbações decorrentes de desastres naturais; ou ainda, resiliência como

A capacidade dos sistemas social, econômico e ambiental de lidar com um evento, tendência ou distúrbio perigoso, respondendo ou se reorganizando de modo a manter sua função essencial, identidade e estrutura, mantendo, ao mesmo tempo, a capacidade de adaptação, aprendizagem e transformação. (PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE ALTERAÇÕES

CLIMÁTICAS (IPCC), 2014, p. 5).

A resiliência das cidades implica necessariamente na inteligência, sendo que cidade inteligente é um lugar complexo, em que a partilha de informações permitiria o fortalecimento da participação da população no planejamento urbano, bem como, para a rápida tomada de decisão em caso de eventos catastrófico. (SENNETT, 2018). Cidades resilientes e inteligentes seriam modelos urbanísticos aptos ao enfrentamento dos riscos originados no cenário de desastres naturais decorrentes de mudanças climáticas, haja vista, a capacidade de retomar rapidamente o funcionamento dos serviços públicos, rapidez e

flexibilidade de estruturas sociais e a possibilidade de tomada de decisões com maior participação popular por meio de ferramentas tecnológicas. (FERRARESI, 2022).

O momento vivido pela humanidade seja nos espaços urbanos ou rurais, se caracteriza pela necessidade de adaptação, de mudança de hábitos, de destacar o aprendizado com a tradição da vida sobre a Terra, a fim interpretar os eventos climáticos como sinais da natureza para iniciar uma mudança. (INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK,

2019). Cidades inteligentes seriam, então, cidades baseadas em um modelo inteligente de gestão ancorado em tecnologias de informação e comunicação, cujo objetivo repousa em maneiras de viabilizar a sustentabilidade em todas as suas interfaces. (LEITE, 2012, p. 9).

A sustentabilidade e a resiliência, elementos estruturantes das cidades inteligentes também estão contemplados nas metas previstas no ODS 11 da Agenda 2030. Pode-se destacar, como metas do ODS 11 relacionadas a sustentabilidade e resiliência: a meta 11.4, fortalecer esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo; 11.5, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes e substancialmente diminuir as perdas econômicas diretas causadas por elas em relação ao produto interno bruto global, incluindo os desastres relacionados à água, com o foco em proteger os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade; meta 11.6, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros. (PLATAFORMA AGENDA 2030, 2015).

A sustentabilidade e a resiliência dialogam com os direitos de participação e tomada de decisões ambientais, sendo aqui, ponto central da ressignificação do Direito à Cidade Inteligente e a materialização do Direito à Cidade apresentado por Lefebvre, uma vez que se verifica claramente como os elementos estruturantes das *Smart Cities* se inter-relacionam na (re)organização de espaços urbanos inclusivos, sustentáveis e resilientes, para garantir a qualidade de vida das pessoas. As cidades inteligentes do futuro deverão ser (re)organizadas a partir desses elementos que dialogam e se complementam reciprocamente em um processo contínuo, “dessa forma, a crise ambiental é tomada como ponto de partida para a possibilidade de criação de novas identidades a partir do desenvolvimento social e do diálogo de saberes” (MIRANDA; MESQUITA, 2020, p. 1209) e governança responsável tem “transcende o campo da Engenharia genética, Medicina, Biotecnologia, Economia e política, e passam a

exigir que os limites da ciência sejam refletidos em outros campos de saberes, como a Ética, a Bioética e o Direito.” (HUPFFER; BERWIG; 2020, p. 9).

A crise ambiental está diretamente relacionada com os elementos estruturantes sustentabilidade e resiliência, mas estimulam e exigem a participação de todos os atores urbanos uma vez que os impactos repercutem em todas as esferas de vivência das cidades e potencializam o elemento estruturante inclusão, haja vista que “representa um papel ativo dos sujeitos frente a si e ao ambiente, como também à sociedade, uma possibilidade de enfrentamento das crises do capitalismo [...]”. (M□ □ ; MESQUIT□ , 2020; p. 1209). □ s energias liberadas em razão da crise ambiental se colocam como possibilidade de participação e convergência entre os interesses públicos e privados para o bem comum da cidade.

A participação de atores públicos e privados, bem como, de todas e todos habitantes das cidades é o modelo de realização de um ideal de democracia direta e de tomada de decisão com conteúdo democrático fundamental para a construção da coesão social necessária para (re)organização dos espaços urbanos atuais em cidades inteligentes. A coesão social é a ligação necessária entre todos os atores para identificação das questões urbanas relevantes e a tomada de decisão responsável, haja vista que o sentimento de pertencimento é o vetor necessário para a participação consciente em favor do interesse coletivo. Nesse sentido, “o conjunto de lutas vai demonstrando que, em meio à alienação vivida concretamente, se constitui a necessidade de ‘mudar a vida’ a partir do questionamento ‘desta vida’”. (C□ RLOS, 2017, p. 45).

O fortalecimento da governança local e participativa tem como finalidade a convergência entre os interesses privados e os interesses públicos dos habitantes da cidade de modo a concretizar os processos de inclusão dos cidadãos na participação dos processos de tomada de decisão no espaço urbano, bem como, (re)equilibrar as relações dialeticamente conflitantes entre interesses econômicos e interesses sociais de forma que “a racionalidade ambiental deve atingir os objetivos da sustentabilidade e, nesse sentido, o próprio direito à cidade”. (M□ □ ; MESQUIT□ , 2020, p.1220-1221). Nesse cenário, inserido no contexto da governança local e participativa com a ampliação da cidadania e da participação direta, tem papel relevante na implementação de um modelo de gestão democrática.

Considerações Finais

As mudanças climáticas a partir da ação do homem é uma realidade e o direito deve olhar para essa realidade ambiental de modo a encontrar a resposta adequada a emergência

da ocorrência de desastres ambientais. Nesse diapasão, as cidades inteligentes impulsionadas pela inovação tecnológica e por uma ocupação diferenciada do solo urbano se colocam como estruturas sustentáveis e resilientes para enfrentar os desafios do cenário das mudanças climáticas.

A sustentabilidade e a resiliência desdobram necessariamente no pressuposto ou pilar *peçoas inteligentes*, “no sentido em que a comunidade é o motor das cidades do conhecimento” (FONSECA; PRATA, 2019, p. 249) e o elemento da resiliência, deverá haver aprendizagem, buscando evitar ações que tenham desencadeado os fenômenos naturais agressivos. A utilização da inovação tecnológica, a adaptação e flexibilidade de estruturas, o aperfeiçoamento de instrumentos de participação direta da sociedade nas decisões do planejamento urbano, serão fundamentais para que as *Smart Cities* sejam modelos de cidades resilientes e sustentáveis preparadas para enfrentar o desafio das mudanças climáticas.

Mas as cidades inteligentes devem avançar e a sustentabilidade enquanto elemento estruturante deve(rá) ser ressignificado de forma que a natureza seja incorporada como sujeito de direito e nesse contexto uma mudança do paradigma antropocêntrico do princípio da equidade intergeracional, ou seja, “somente será assegurada através da proteção do entorno como um valor necessário para a manutenção das futuras gerações. O que significa, muito simplesmente, que o que é bom para as futuras gerações é bom para a sobrevivência da biosfera e da integridade do planeta. (CARVALHO, 2017, p. 126).

Nesse cenário de atualização do significado do elemento sustentabilidade, a proposta de texto para a nova Constituição do Chile previa em seu 9º artigo da Constituição que “a natureza tem direitos e que o Estado e a sociedade têm o dever de protegê-los e respeitá-los”, além de afirmar que indivíduos e povos são interdependentes com a natureza e formam um 'todo inseparável’. (VICENZO, 2022). Infelizmente os chilenos rejeitaram a proposta do novo texto constitucional no plebiscito realizado em setembro de 2022. (CHILE, 2022).

A releitura do elemento estruturante sustentabilidade para ressignificar a proteção da natureza enquanto sujeito de direitos pode(rá) contribuir para que as *Smart Cities* se coloquem como modelo de cidades do futuro adequadas para enfrentamento dos desafios dos desastres naturais num cenário de mudanças climáticas. Por outro lado, o fortalecimento dos governos locais e a participação efetiva dos cidadãos serão fundamentais para o desenvolvimento da coesão social, para a tomada de decisões coletivas, bem como, identificar qual planeta, qual mundo será construído no futuro, com mais qualidade de vida ou mais exclusão.

Somente o aperfeiçoamento de instrumentos de participação direta da sociedade nos processos de tomada de decisão, com a inclusão de todos os atores e atrizes que (com)vivem no espaço urbano, especialmente dos grupos em situação de vulnerabilidade, é que se poderá enfrentar o desafio das mudanças climáticas e “essa rede cada vez mais intrincada sugere e interpela também a intervenção de nossos governos locais na necessidade de interação e circulação de informação entre os vários departamentos na perspectiva horizontal – entre serviços e técnicos – e na perspectiva vertical – eleitos, funcionários e eleitores. (FONSECA; PRATA, 2019, p. 262). Desta forma, a sustentabilidade e a resiliência das cidades, perpassa necessariamente pela inclusão dos cidadãos na governança local e falar de “governança para smart cities significa falar de desenvolvimento compreensivo, mediante a expansão do pilar cultural do desenvolvimento, para uma cultura de pertencimento, realização dos objetivos públicos e inclusão social. (GUIMARÃES; XAVIER, 2016, p. 1378).

Dessa forma, os elementos estruturantes das cidades inteligentes devem estar conectados a Agenda 2030 da ONU, que se coloca como condição de possibilidade para a (re)organização de espaços urbanos sustentáveis e resilientes, com o reconhecimento da proteção da natureza enquanto sujeito de direitos. *A Smart City* como um espaço de convivência projetado humanamente para a aprendizagem, impulsionadas pelas novas tecnologias e por uma ocupação diferenciada do solo urbano orientado pelo Direito à Cidade (Inteligente) se coloca como estruturas sustentáveis e resilientes adequadas para enfrentar os desafios do cenário das mudanças climáticas.

Referências Bibliográficas

AGUILAR, L.J. *Industria 4.0: la quarta revolucionário industrial*. Bogotá: Alfaomega Colombiana, 2017.

ANDRADE, E.A.; FRANCESCHINI, M.C.T. O direito à cidade e as agendas urbanas internacionais: uma análise documental. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, p. 38493858, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n12/1413-8123-csc-22-123849.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento (SNS). *Carta Brasileira para cidades inteligentes*. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdr/pt-br/assuntos/desenvolvimento-urbano/carta-brasileira-paracidades-inteligentes/CartaBrasileiraparaCidadesInteligentes2.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2022.

Fonseca, Isabel Celeste; Ferraresi, Camilo Stangherlim. As Smartcities e o ODS 11: o direito à cidade (inteligente) como fio condutor para (re) organização de cidades inteligentes, sustentáveis e resilientes Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 233-249. Porto: Iberojur Science Press, 2023.

CARVALHO, D.W.; DAMACENA, F.D.L. Direito dos desastres. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, D.W. Gestão jurídica ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CARLOS, A.F.A. □ privação do urbano e o “direito à cidade” em Henri Lefebvre. In: CARLOS, A.F.A.; ALVES, G.; PADUA, R.F. Justiça Espacial e o direito à cidade. São Paulo: Contexto, 2017.

CHILE rejeita proposta de nova Constituição. BBC News Mundo. 04 set. 2022. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-62791155> Acesso em 13 dez. 2022.

CIDADES SUSTENTÁVEIS. Melhor mobilidade. S.d. Disponível em: <http://www.cidadessustentaveis.org.br/eixos/melhor-mobilidade-menos-tr%C3%A1fego>. Acesso: 07 dez. 2022.

EMERGING AND SUSTAINABLE CITIES PROGRAM. Banco Interamericano de Desenvolvimento, 2019. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/urban-developmentand-housing/emerging-and-sustainable-cities-program>. Acesso em 07 dez. 2022.

FARBER, D.; CARLARNE, Cinnamon P. Climate Change Law. Saint Paul: Foundation Press, 2018.

FERRARESI, C.S. A RESSIGNIFICAÇÃO DO DIREITO À CIDADE A PARTIR DOS DIREITOS HUMANOS: As Smart Cities como um espaço para garantir a qualidade de vida das pessoas com deficiência. 1. ed. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

FERREIRA, A.R.M. Direito à cidade e direito urbanístico: limites e relações recíprocas. In: LIBÓRIO, Daniela Campos (coord.). Direito Urbanístico: fontes do direito urbanístico e direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 229-244.

FONSECA, I.C.M.; PRATA, A.R.A. Smart Cities vs. Smart(er) governance: cidades inteligentes, melhor governação (ou não). In: FONSECA, I.C.M. Direito das Autonomias (Locais): Estudos Reunidos. Braga: NEDip, 2019. p. 245-265.

GUIMARÃES, P.B.V., XAVIER. Y.M.A. Smart Cities e Direito: Conceitos e Parâmetros de Investigação da Governança Urbana Contemporânea. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, n. 4, 2016, p. 1362-1380.

Fonseca, Isabel Celeste; Ferraresi, Camilo Stangherlim. As Smartcities e o ODS 11: o direito à cidade (inteligente) como fio condutor para (re) organização de cidades inteligentes, sustentáveis e resilientes. Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 233-249. Porto: Iberojur Science Press, 2023.

HARVEY, D. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HUPFFER, H.M.; BERWIG, J.A. A tecnologia CRISPR-CAS9: da sua compreensão aos desafios éticos, jurídicos e de governança the CRISPR-CAS 9 technology: from it's comprehension to ethical, legal and governance challenges. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 25. n. 3, p. 1-16, 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/9722>. Acesso em: 02 dez. 2022.

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. Emerging and sustainable cities program. New York, 2019. Disponível em: <https://www.iadb.org/en/urban-development-andhousing/emerging-and-sustainable-cities-program>. Acesso em: 21 abr. 2019.

LEFEBVRE, H. O direito à cidade. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2016.

LEITE, C. Cidades Sustentáveis, cidades inteligentes: desenvolvimento sustentável num planeta urbano. Porto Alegre: Bookman, 2012.

MAIA, F.J.F. M.; MESQUITA, G.C.N. Para uma metodologia da gestão urbana participativa no direito à cidade a partir da racionalidade ambiental de Enrique Leff. Revista Jurídica LusoBrasileira, Lisboa, ano 6, n. 4, p. 1197-1234, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1197_1233.Pdf Acesso em: 02 dez. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). O que é a Agenda 2030? Nova York, 2015. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

ONU-Habitat: população mundial será 68% urbana até 2050. Nações Unidas Brasil. 01 jul. 2022. Disponível em <https://brasil.un.org/pt-br/188520-onu-habitat-populacao-mundialsera-68-urbana-ate-2050> Acesso em 13 dez. 2022.

PAINEL INTERGOVERNAMENTAL SOBRE ALTERAÇÕES CLIMÁTICAS (IPCC). Alterações climáticas 2014: impactos, adaptação e vulnerabilidade: resumo para decisores. Lisboa: Instituto Português do Mar e da Atmosfera, 2014. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2018/03/ar5_wg2_spmport-1.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

Fonseca, Isabel Celeste; Ferraresi, Camilo Stangherlim. As Smartcities e o ODS 11: o direito à cidade (inteligente) como fio condutor para (re) organização de cidades inteligentes, sustentáveis e resilientes Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 233-249. Porto: Iberojur Science Press, 2023.

PLATAFORMA AGENDA 2030: acelerando as transformações para a Agenda 2030 no Brasil. [S. l.], 2015. Disponível em: [http://www.agenda2030.com.br/ods/11/Agenda 2030](http://www.agenda2030.com.br/ods/11/Agenda%2030). Acesso em: 22 nov. 2022.

SCHWAB, K. A quarta revolução industrial. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SENNETT, R. Construir e habitar: ética para uma cidade aberta. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2018.

UN ENVIRONMENT PROGRAM (UNEP). Global Environment Outlook 6 Report, 04 March 2019. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/globalenvironment-outlook-6>. Acesso em 07 nov. 2022.

VICENZO, G. Chile: natureza ganhar “status humano” em Constituição ajuda preservação? Uol. Ecoa. 04 ago. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimasnoticias/2022/08/04/natureza-ter-ganhado-status-humano-em-direitos-ajuda-em-suapreservacao.htm> Acesso em 13 dez. 2022.

WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION. WMO Statement on the State of the Global Climate in 2018. WMO-n. 1233. Geneva, Switzerland: World Meteorological Organization (WMO), 2019. Disponível em: <https://public.wmo.int/en/media/pressrelease/state-of-climate-2018-shows-accelerating-climate-change-impacts>. Acesso em 07 nov. 2022.

**CODIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE DEL LAVORO:
FONDAMENTI, FORME E CONSEGUENZE**

Codification of International Labor law: Foundations, Forms and Consequences

Miriam Olivia Knopik Ferraz¹

Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUCPR)

m.okf@hotmail.com

Marco Antônio César Villatore²

Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata"

marcovillatore@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.62140/MFMV310648237>

Recebido em: 28/11/2022

Aprovado em: 18/12/2022

Abstract: L'obiettivo è studiare la codificazione internazionale nell'ambito dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (ILO). Attraverso la metodologia logico-deduttiva, supportata da ricerche bibliografiche e documentarie, la ricerca è stata suddivisa in obiettivi specifici: dapprima, sotto l'aspetto materiale, viene mappata la lista dei diritti oggetto di codificazione nell'ILO, presentando i fondamenti della norme istituzioni internazionali, in particolare i temi studiati. In un secondo momento sotto l'aspetto formale

¹ Dottoranda in Diritto nella Pontificia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) con co-tutele in Dottorato di Ricerca nell'Università degli Studi di Roma I Sapienza. Avvocata nel Knopik & Bertoncini Società dell'avvocati.

² PostDouttorato nell'Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata" (2014). Dottorato in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza" (2001), Professore dell'Università Federale de Santa Catarina. Coordinatore delle Specializzazioni presso ABDCConst.

della legislazione internazionale, considerando gli studi di tecnica legislativa e le discussioni del processo legislativo internazionale immersi nell'ambito della Legistica, lo studio della formulazione delle norme. Infine, il terzo aspetto riguarda lo studio delle conseguenze della legislazione a livello internazionale e dei suoi impatti e discussioni regionali in ciascun paese, valutando le quattro classificazioni della gerarchia: sovracostituzionale, costituzionale, sovralegale, legale. Di conseguenza, si presenta che il processo legislativo di formazione della norma internazionale in tutto il suo percorso necessita di essere approfondito e richiede l'applicazione dei criteri legali, per la valutazione dei temi che necessitano di regolazione e quali saranno i loro termini, considerata la vocazione espansionistica del diritto del lavoro.

Parole chiave: Standard del lavoro; codificazione; diritto del lavoro; OIT

Abstract: The aim is to study coding internationally within the framework of the International Labor Organization (ILO). Through the logical-deductive methodology, backed by bibliographical and documentary research, the research was subdivided into specific objectives: first, under the material aspect, the list of rights that are the object of codification in the ILO is mapped, presenting the fundamentals of the norms international institutions, especially the themes studied. In a second moment under the formal aspect of the legislation internationally, considering the studies of legislative techniques and discussions of the international legislative process immersed in the scope of Legistics, the study of the formulation of norms. Finally, the third aspect concerns the study of the consequences of legislation at the international level and its impacts and regional discussions in each country, evaluating the four classifications of hierarchy: supraconstitutional, constitutional, supralegal, legal. As a result, it is presented that the legislative process of formation of the international norm in all its way needs to be deepened and needs the application of the legal criteria, for the evaluation of the themes that need regulation and what their terms will be, considering the expansionist vocation of Labor Law.

Keywords: Labor standards; codification; labor law; ILO

Le Basi Della Codificazione Nell'Organizzazione Internazionale Del Lavoro

In primo luogo, va notato che il Diritto Internazionale del Lavoro non è solo un "Diritto

Internazionale del Lavoro" e, quindi, le sue tutele non sono esclusivamente legate ai rapporti di lavoro, questa comprensione che verrà approfondita nell'ultimo argomento è la

nozione di espansionista vocazione del diritto del lavoro ed è propugnata da Pedro Augusto Gravatá Nicoli come conseguenza della nozione stessa di lavoro, in senso generale, come diritto umano.³

In tal senso, le Convenzioni ILO “si applicano ai rapporti di lavoro in senso lato, stabilendo, globalmente, un dovere generale per gli Stati di tutelare il lavoro con la stessa portata”.⁴ Questa applicazione è possibile solo come risultato diretto della sua intenzione di promuovere la pace sociale.

Nonostante questa preconizzazione, l'incorporazione delle convenzioni è ancora discutibile secondo le particolarità di ciascun ordine, e parte della dottrina difende e si interroga: “che cosa significa questa applicazione allargata nella vita di milioni di uomini e donne che, negli spazi locali, lavorare in accordi non protetti, per molteplici ragioni?”.⁵

I principali strumenti internazionali che costituiscono l'attuale struttura protettiva del Diritto Internazionale del Lavoro sono: la dichiarazione sulle finalità e gli obiettivi dell'ILO, approvata in esito alla Conferenza di Filadelfia del 1944 e quindi annessa alla Costituzione dell'ILO; le Convenzioni ILO; la Dichiarazione universale dei diritti umani, 1948; il Patto Internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1996; la Carta dell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) del 1948; la Convenzione internazionale del 1966 sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale; la Convenzione americana sui diritti umani del 1969 e Protocollo addizionale alla Convenzione americana dei diritti umani nel campo dei diritti economici, sociali e culturali, 1988; la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti delle donne del 1979, e il Protocollo opzionale del 1999; la Dichiarazione sul diritto allo sviluppo 1987; la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

Si segnalano inoltre come elementi basilari le 8 Convenzioni fondamentali: n. 29 - Sul lavoro forzato, 1930, n. 87 - Sulla libertà di associazione e tutela del diritto di sindacalizzazione, 1948, n. 98 - Sul diritto di organizzazione e contrattazione collettiva, 1949, n. 100 - Sull'uguaglianza di retribuzione, 1951, n. 105 - Sull'abolizione del lavoro forzato,

³ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 120.

⁴ Traduzione dell'autori. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 120.

⁵ Traduzione dell'autori. NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 120.

1957, n. 111 - Sulla discriminazione (impiego e professione), 1958, n. 138 – Sull'età minima, 1973, n. 182 - Sulle peggiori forme di lavoro minorile, 1999.

La Forma Della Legislazione e le Conseguenze: Legislazione e Incorporazione Nella Normativa Regionale

In un secondo momento sotto l'aspetto formale della legislazione internazionale, considerando gli studi di tecnica legislativa e le discussioni del processo legislativo internazionale immersi nell'ambito della Legistica, lo studio della formulazione delle norme.

Lo scopo di questo argomento è comprendere la forma del diritto internazionale. In tal senso si sancisce il ciclo di formazione legislativa: definizione del problema, definizione degli obiettivi, verifica degli scenari alternativi, scelta delle soluzioni e degli strumenti, valutazione prospettica, esecutiva, valutazione retrospettiva.

Compresi i significati e le ragioni del Diritto Internazionale del lavoro, si presenta la Legistica. L'obiettivo è quello di dimostrare i criteri da osservare per la strutturazione formale della legislazione.

Secondo Soares, il presupposto iniziale di un ordinamento giuridico è proprio la ricerca di un ordinamento coerente che porti certezza giuridica nei suoi atti in generale e tale certezza contribuisce alla “stabilità delle stesse istituzioni, fondata sulla conoscenza, comprensione e interiorizzazione della normativa vigente”.⁶

Secondo Delley, la Procedura per la redazione di una normativa presenta fasi, in un processo interattivo e congiunto: 1) la definizione del problema; 2) la determinazione degli obiettivi; 3) definizione di scenari alternativi; 4) scelta delle soluzioni; 5) valutazione prospettica; 6) esecuzione; 7) valutazione retrospettiva.⁷

Per l'autore trattare il tema in modo lineare è artificioso, trattandosi di un processo in cui ogni fase non può essere considerata isolata dalle altre e conclusa definitivamente, trattandosi di un processo di costruzione e rivalutazione. Ad esempio, quando si arriva alla fase di determinazione degli obiettivi e definizione degli obiettivi, è possibile che in quel momento ci sia una nuova percezione del problema; o, ancora, al momento dell'esecuzione,

⁶ Traduzione dell'autori. SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para a revalorização do legislar. In: SOARES, Fabiana de Menezes; KATTEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Külkamp Eyng. Estudos em Legística. 2019, Florianópolis: tribo da ilha, P. 93-120.

⁷ DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. introdução a um procedimento metódico. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, 2004.

è possibile interrogarsi sugli obiettivi stessi.⁸ Pertanto, la presentazione dei passaggi per strutturare lo standard deve essere intesa come un facilitatore dei percorsi e delle tecniche per rappresentare i passaggi, tenendo sempre presenti i caveat segnalati dall'autore.

Infine, il terzo aspetto riguarda lo studio delle conseguenze della legislazione a livello internazionale e dei suoi impatti e discussioni regionali in ciascun paese, valutando le quattro classificazioni della gerarchia: sovracostituzionale, costituzionale, sovralegale, legale.

Comprendere che la ricettività degli strumenti internazionali raggiunge il parametro legale, significa che trattati, patti e convenzioni, quando entrano nell'ordinamento nazionale, hanno la stessa gerarchia della legislazione ordinaria.

In un secondo momento, c'è la teoria che afferma la sovrallegalità degli strumenti internazionali, la quale elenca che gli strumenti internazionali sono al di sopra della legislazione ordinaria, ma al di sotto della Costituzione.⁹

La terza teoria è quella che attribuisce il carattere costituzionale agli strumenti internazionali.¹⁰ Pertanto, i trattati, i patti e le Convenzioni Internazionali avrebbero una gerarchia costituzionale e i diritti sanciti dalle disposizioni internazionali sarebbero incorporati nell'ordinamento costituzionale nazionale.¹¹

⁸ DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. introdução a um procedimento metódico. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, pp. 101-143, 2004.

⁹ MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? Revista de Direito, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009, p. 19.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 103.

¹¹ Alcuni autori che concordano con questa posizione: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118; RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 401; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. Belo Horizonte: Fórum, 2012. op. 25-48; HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014, p. 339; GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do art. 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005, p. 127; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 900; MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal: EDUFERN, 2015, p. 168; SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. Espaço jurídico, Joaçaba, v. 12, n.2, p. 325-344, jul./dez. 2011, p. 342-343; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. I. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 513; LAFER, Celso. A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005, p. 16-17; FACHIN, Luiz Edson. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: PRONER, Carol;

Flávia Piovesan sostiene che il regime di incorporazione previsto dalla Costituzione mira solo a formalizzare i trattati ratificati e, quindi, a consentire una “costituzionalizzazione formale dei trattati sui diritti umani nell'ambito giuridico interno”.¹²

Infine, affronta la corrente che difende la sovracostituzionalità dei trattati, dei patti e delle convenzioni internazionali e, quindi, questi sarebbero al di sopra della Costituzione. È interessante notare che nei tribunali internazionali, con particolare attenzione alla Corte interamericana dei diritti umani, questa corrente è la maggioranza.¹³

Considerazioni Finali

Il modo in cui ogni paese riceverà l'intero complesso codificato del Diritto del Lavoro influirà sulla sua efficacia.

Per questo si afferma che la tutela globale del Diritto Internazionale del Lavoro è legata alla vocazione espansionistica del diritto del lavoro¹⁴, che permeerà l'ampiezza della tutela rivolta essenzialmente al lavoro, e la necessaria azione di tutti gli agenti e poteri, l'integrazione delle sistemi regionali e internazionali, l'allargamento della nozione di lavoratore¹⁵, parametri che dialogano tra loro per la costruzione dell'allargamento del Diritto del Lavoro.

Altro elemento di differenziazione è la misura in cui è possibile superare le barriere della sovranità nazionale, argomento principale della non immediata applicazione di trattati, patti e convenzioni quando¹⁶, ad esempio, vengono ratificati dagli Stati.

CORREAS, Oscar (Coord.). Teoria crítica dos direitos humanos: *in memoriam* Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 153-163; GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração - democracia e Mercosul (a construção de uma tese). A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013. p. 235.

¹² Traduzione dell'autori. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 138.

¹³ . SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-graduação. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia, p. 255-256.

¹⁴ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016, p. 123.

¹⁵ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

¹⁶ MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional E Direito Internacional. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 86-94, out./dez. 2004; DOLINGER, Jacob. **A Evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: UERJ, 1979, p. 40.

Ferraz, Miriam Olivia Knopik; Villatore, Marco Antônio César. Codificação del diritto internazionale del lavoro: fundamenti, forme e conseguenze
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 250-258. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

È possibile consolidare due forme di costruzione del diritto del lavoro¹⁷: all'interno e all'esterno degli Stati. Non c'è modo di abolire i sistemi e le formulazioni nazionali, poiché ogni Stato deve tener conto delle particolarità di ciascuno Stato, e deve migliorare le misure di protezione, fatto che dipende anche dal miglioramento della protezione internazionale stessa.¹⁸

Riferimenti Bibliografici

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, p. 27-76, 1999.

DELLEY, Jean-Daniel. Pensar a lei. introdução a um procedimento metódico. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 101-143, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. Notas para um ensaio sobre a posição jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil após a reforma constitucional. In: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Coord.). **Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam** Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 153-163.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º-do art. 5º-da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

GOMES, Eduardo Biacchi. Controle de convencionalidade nos processos de integração democracia e Mercosul (a construção de uma tese). **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 13, n. 52, p. 231-245, abr./jun. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁷ NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 120.

¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 36, n. 36, p. 27-76, 1999, p. 48.

Ferraz, Miriam Olivia Knopik; Villatore, Marco Antônio César. Codificación del derecho internacional del trabajo: fundamentos, formas e consecuencias
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 250-258. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária.** Curitiba, 2014. 604 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2014.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos:** constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio; GOMES, Luiz Flávio. Tratados internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? **Revista de Direito**, v. 12, n. 15, p. 7-20, 2009.

MIRANDA, Napoleão. Globalização, Soberania Nacional E Direito Internacional. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 86-94, out./dez. 2004; DOLINGER, Jacob. **A Evolução da ordem pública no Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: UERJ, 1979.

MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. Natal: EDUFRN, 2015.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. Fundamentos de Direito Internacional Social: sujeito trabalhador, precariedade e proteção global às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2016.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Teoria geral e crítica do Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos. *In*: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri (Coord.). **Direito Constitucional e Internacional dos Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 25-48.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **El concepto de convencionalidad:** vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia.

Ferraz, Miriam Olivia Knopik; Villatore, Marco Antônio César. Codificazione del diritto internazionale del lavoro: fondamenti, forme e conseguenze
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 250-258. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. Considerações a respeito das relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. **Espaço jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 325-344, jul./dez. 2011.

SOARES, Hugo Henry Martins de Assis. Sobre a (ir)racionalidade decisória: reflexões críticas para a revalorização do legislador. *In*: SOARES, Fabiana de Menezes; KAITTEL, Cristiane Silva; PRETE, Esther Kulkamp Eyng. **Estudos em Legística**. 2019, Florianópolis: tribo da ilha, P. 93-120.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I, 2. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

AS NANOTECNOLOGIAS E O DIREITO: ALGUNS PERCURSOS RETICULARES DE APROXIMAÇÃO¹

Nanotechnologies and Law: some reticular approaches

Wilson Engelmann²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS

wengelmann@unisinos.br

Laura Müller³

Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS

lauramuller1@edu.unisinos.br

DOI: <https://doi.org/10.62140/WELM202563432>

Recebido em: 13/12/2022

Aprovado em: 08/01/2023

¹ Este trabalho é o resultado parcial das pesquisas realizadas pelos autores no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa:

a) Chamada CNPq n. 09/2020 - Bolsas de Produtividade em Pesquisa - PQ, projeto intitulado: “Percursos para ressignificar a Teoria Geral das Fontes do Direito: o *Sandbox regulatório* como um elemento estruturante da comunicação reticular entre o Direito e as nanotecnologias”; b) “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”, Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 - Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS. Este trabalho também está vinculado às pesquisas realizadas pelos autores nos seguintes Centros Internacionais de Investigação: CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal; do Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense, cidade do Porto, Portugal; e do CEAD - Centro Francisco Suárez - Centro de Estudos Avançados em Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, Portugal e do Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha.

² Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS; Brasil. Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios ambos da UNISINOS; realizou estágio pós-doutoral na Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq); Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

³ Graduanda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/RS (UNISINOS). Integrante do Grupo de Pesquisa JusNano (CNPq); Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPq.

Sumário: 1. Introdução; 2. Revisão da Literatura; I. As Nanotecnologias; II. O Direito e as Novas Tecnologias; III. Fontes de Direito e a Comunicação Reticular; IV. As Normas ISO; 3. Considerações Finais; 4. Referências.

Resumo: As nanotecnologias localizam-se entre as áreas que integram a chamada “Quarta Revolução Industrial”, culminando em mudanças paradigmáticas na sociedade. Analisa-se a ação do Direito neste cenário, visto que as regras jurídicas surgem com o propósito de regulamentar a sociedade. Apesar da não regulamentação da *nanotech* por parte da legislação brasileira, a pesquisa exploratória, de corte transversal e qualitativa, considera a Organização Internacional de Padronização (ISO), com objetivo de desenvolver normas técnicas internacionais, a fim de gerar benefícios tecnológicos e socioeconômicos mundialmente. No Brasil, a organização tem representação através da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Nesse sentido, têm-se a proposta da sistematização da gestão integrada entre os organismos de normalização sob a ótica dos nanomateriais, tendo em vista a insuficiência da estrutura jurídica tradicional, surge a intenção de utilizar as normas da ISO como ferramenta de auto regulação, fortalecendo a comunicação reticular entre as fontes do Direito juntamente com organismos de pesquisa acerca das nanotecnologias. Se fará uso da revisão sistemática da literatura. Se conclui a perspectiva regulatória das normas ISO, conectadas em rede com as fontes do Direito, como uma alternativa para normatizar o mundo nanotecnológico.

Palavras-chave: Direito; Nanotecnologias; Inovação; Fontes do Direito; Normas ISO.

Abstract: Nanotechnologies are located among the areas that make up the so-called “Fourth Industrial Revolution”, culminating in paradigmatic changes in the society. The action of law in this scenario is analyzed, since legal rules arise with the purpose of regulating society. Despite the non-regulation of nanotech by Brazilian legislation, exploratory, cross-sectional and qualitative research considers the International Organization for Standardization (ISO), with the aim of developing international technical standards in order to generate technological and socioeconomic benefits worldwide. A systematic review of the literature will be used. In Brazil, the organization has representation through the Brazilian Association of Technical Standards (ABNT). In this sense, there is a proposal for the systematization of integrated management between standardization bodies from the

perspective of nanomaterials, in view of the insufficiency of the traditional legal structure, the intention to use ISO standards as a self-regulation tool, strengthening the reticular communication between the sources of Law together with research organizations about nanotechnologies. The regulatory perspective of ISO standards is concluded, connected in a network with the sources of Law, as an alternative to standardize the nanotechnological world. **Keywords:** Law; Nanotechnologies; Innovation; Sources of Law; ISO standards.

Introdução

O presente artigo versa sobre a temática das nanotecnologias e alguns percursos reticulares de aproximação da tecnologia com o Direito, a fim de estudar os conceitos sobre nanotecnologias, sistematizar as publicações na base de dados da *StatNano*⁴, além de conhecer as fontes do Direito e suas possibilidades para regular o fato nanotecnológico. Justifica-se a elaboração do estudo uma vez que não há regulação jurídica acerca dos possíveis riscos dos produtos criados com a inovação tecnológica.⁵, destacam que as nanotecnologias são utilizadas na produção de produtos comercializados nos dias atuais, e já podem estar gerando riscos para o corpo social e o meio ambiente.

Além disso, salienta-se que, decorrente das inovações geradas pelas nanotecnologias, se tem expectativa de benéficas contribuições socioeconômicas, por outro lado, há pouco conhecimento de seus riscos para a humanidade. Nesse contexto, é imprescindível analisar a ação do Direito diante desse cenário, visto que: “as regras jurídicas vieram regulamentar a vida em sociedade e impor limites à liberdade dos indivíduos”⁶. Por esse motivo, surge a problemática: quais são os aspectos reticulares de aproximação entre as nanotecnologias e o Direito?

Com o propósito de sanar a problemática suscitada, o artigo visa obter resultados sistematizados acerca dos percursos reticulares de aproximação entre o Direito e as nanotecnologias, abordando em especial, as normas ISO. Vale dizer, por meio das conexões viabilizadas pelas redes digitais, se pretende construir aproximações entre o Direito e as áreas

⁴ StatNano é uma plataforma internacional que mapeia globalmente o mercado de nanotecnologia. Acesso pelo *website*: <https://statnano.com>

⁵ HOHENDORFF, R. von; COIMBRA, R. & ENGELMANN, W. **As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador.** *Revista de informação legislativa*: RIL, v. 53, n. 209, p. 151-172, jan./mar. 2016.

Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p151. Acesso em: 03 ago. 2022. ⁶ BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional.** Editora Ibepex, 1988.

tecnológicas, especialmente das Ciências Exatas e o papel regulador desempenhada pelas chamadas normas técnicas, representadas pelas normas editadas pela ISO.

O presente trabalho está dividido em 1) introdução; esclarecimentos iniciais acerca do estudo; 2) fundamentação teórica; abordando as temáticas a serem analisadas, subdividindo-as em I) As Nanotecnologias; com a intenção de compreender sua origem, conceitos e aplicação prática na sociedade; II) O Direito e As Novas Tecnologias: objetiva-se compreender o papel do Direito e as inovações tecnológicas; III) Fontes de Direito e a Comunicação Reticular; com objetivo de compreender sobre as fontes do direito e a comunicação reticular, desvencilhando a hierarquia normativa; IV) As Normas ISSO, como um conjunto de normas para a regulação das nanotecnologias.

Propõe-se uma metodologia de pesquisa exploratória, de corte transversal e qualitativa, adotando como principal busca as produções bibliográficas documentais e normativas, a partir do método de revisão sistemática da literatura, especialmente no Portal de Periódicos CAPES.

Revisão da Literatura

I - As Nanotecnologias

As mudanças na sociedade acompanham a história da humanidade, o ato de mudar está ligado às inovações⁶. Percebe-se que as transformações ocorrem em uma perspectiva temporal cada vez mais acelerada, resultado da globalização de mercados associada aos avanços tecnológicos e às possibilidades trazidas pelas conexões digitais em rede.

Desde o início do século XXI, nota-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias⁷, as quais são inseridas no contexto da chamada Quarta Revolução Industrial, culminando em mudanças paradigmáticas na economia, nos negócios, na sociedade e nos indivíduos⁹. A escala dessa tecnologia possui equivalência na bilionésima parte de um metro, aproximadamente dez vezes o tamanho de um átomo individual (10^{-9}).

⁶ CADIOLI, L. P. & SALLA, L. D. Nanotecnologia: um estudo sobre seu histórico, definição e principais aplicações desta inovadora tecnologia. **Revista de Ciências exatas e tecnologia**, v. 1, n. 1, p. 98-105, 2006.

⁷ ENGELMANN, W., HOHENDORFF, R. von, & LEAL, D. W. S. (2018). Nanotecnologias e a evolução das teorias sobre risco: a atenção para o nanowaste e sua adequada gestão. **Cadernos de Direito Actual**, (10), 79-118. ⁹ENGELMANN, W. Novos desafios para o Direito na era das Nanotecnologias. **Revista TOMO**, n. 29 (2016): jul./dez. 2016, p. 37-54.

Os nanomateriais possuem propriedades diferentes das que já se conhece, sendo esta a característica que potencializa a diversidade de aplicações das nanotecnologias⁸.

As ideias e conceitos atribuídos às nanotecnologias e à nanociência começaram na palestra na Sociedade Americana de Física, na Califórnia (Estados Unidos), proferida pelo físico Richard

Feynman, intitulada “Há muito espaço na parte inferior”, do inglês: “There’s Plenty of room at the Bottom”, em dezembro de 1959. Fialkoski e Malfatti⁹ descrevem que Feynman “[...] instigou os espectadores sobre a possibilidade de escrever a Enciclopédia Britânica na cabeça de um alfinete. Mesmo não sabendo exatamente como fazer isso, Feynman sabia que poderia manipular individualmente os átomos”. Decorrente da introdução de Feynman, instigando os estudiosos da possibilidade de manipulação dos átomos com a finalidade de obtenção de novos materiais, hoje, a nanotecnologia é uma das áreas mais promissoras para o desenvolvimento da tecnologia, visto sua aplicabilidade em diversos setores econômicos, tais como: automobilístico, cosméticos, saúde e agricultura.

Em 16 de novembro de 2022, segundo dados disponibilizados na plataforma global utilizada para analisar e catalogar os produtos nanotecnológicos (nanoprodutos), *Nanotechnology Products Database (NPD)* - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução livre), existem 10.373 produtos registrados pela base de dados, que possuem em sua composição os nanomateriais, que são produzidas por 3.399 indústrias, espalhados em 65 países. Com intuito de entender sua aplicação prática demonstra-se a porcentagem dos 10.373 produtos registrados nas mais diversas áreas de consumo, sendo elas: 18,8% em produtos eletrônicos; 12,1% em produtos relativos à saúde e medicamentos; 10,4% em construções; 8,9% em produtos cosméticos; 8,7% classificados como "outros"; 8,4% na indústria têxtil; 7,3% na indústria automotiva; 5,7% no meio ambiente; 3,7% em produtos alimentícios; 2,3% na agricultura; 3,5% em diversas aplicações domésticas; 1,9% em impressões; 3,8% em energias renováveis; 3% em petróleo, e por fim, 1,6% em esportes e

⁸ ENGELMANN, W., & MARTINS, P. S. Desenvolvimento nanotecnológico: metamorfose e a autorregulação no cenário das nanotecnologias. *Revista JurisFIB*, 9(9). 2019.

⁹ FIALKOSKI, D. & MALFATTI, C. R. M. Nanotecnologia: uma prospecção tecnológica no âmbito nacional e internacional. *Cadernos de Prospecção*, [S. l.], v. 12, n. 3, p. 590, 2019. DOI: 10.9771/cp.v12i3.27323. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/27323>. Acesso em: 3 ago. 2022.

correlatos.¹⁰ Nessa perspectiva, observa-se que a maior parte desses produtos se encontram no âmbito de produtos eletrônicos, medicina/saúde e construção.

Tendo em vista o demonstrativo supra referido, reforça-se a intensa utilização de nanoprodutos no cotidiano da sociedade em escala global em diversas áreas de consumo, em produtos dos mais variados ramos. Nesse sentido, se faz necessário o debate no que tange à possibilidade de danos futuros ao meio ambiente e a vida humana¹³. Paralelamente a esses aspectos, a regulação se torna relevante dada a grande aplicabilidade das nanopartículas e a oferta, como visto, de inúmeros produtos com nanomateriais, gerando o contato direto com a sociedade e com o meio ambiente. Portanto, é de suma importância buscar percursos reticulares de aproximação entre a nanotecnologia e o Direito.

II - O Direito e as Novas Tecnologias

O Direito possui como principal objetivo regular a vida em sociedade, o Direito

pode-se compreender como compilado de regras obrigatórias que asseguram a convivência social através da implementação de limites à conduta de cada um, protegendo a organização dos comportamentos sociais¹¹. Na mesma perspectiva, as regras jurídicas vieram regular a vida em sociedade e impor limites à liberdade dos indivíduos⁵. Nos dias atuais, se vive em um mundo repleto de inovações frenéticas, em que majoritariamente são fatores essenciais para melhorias e desenvolvimento socioeconômico, “[...] sendo reconhecida pelas instâncias políticas como merecedora de atenção estatal específica e legislação própria”¹². À vista disso, se conclui que as inovações disruptivas, definidas e conceituadas por Clayton Christensen na obra *The Innovator's Dilemma* (1997), dão origem a novos mercados e modelos de negócios, apresentando soluções mais eficazes que as até então existentes. As inovações disruptivas geram rupturas de um antigo modelo de negócio, alterando as bases de competitividade¹⁶. Isto é, um processo em que uma tecnologia ou produto é transformado

¹⁰ Nanotechnology Products Database (NPD). Disponível em: <https://statnano.com>. Acesso em 16 nov. 2022.

¹³ ENGELMANN, W., HOHENDORFF, R. von, & LEAL, D. W. S. (2018). Nanotecnologias e a evolução das teorias sobre risco: a atenção para o nanowaste e sua adequada gestão. **Cadernos de Direito Actual**, (10), 79-118.

¹¹ REALE, M, **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2022. p. 1-11.

¹² KOLLERMANN, M. E. **Novas Tecnologias e Regulação: Inovações Disruptivas e os Desafios ao Direito da Regulação**. Curitiba, Universidade Federal do Paraná - UFPR, 2020. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/69127/R%20-%20D%20-%20MARIA%20EDUARDA%20KORMANN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 18 out. 2022.

¹⁶ CÂNDIDO, A. C. Inovação Disruptiva: Reflexões sobre as suas características e implicações no mercado. In: **IET Working Papers Series No. WPS 05/2011**. Repositório Universidade Nova de Lisboa, Monte da Caparica, p. 6. 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10362/6912>. Acesso em: 02 nov. 2022.

por uma solução inovadora superior, geram novos modelos de negócios, provocando desafios em sua regulamentação, tendo em vista o impacto das atividades do setor público e da economia nacional¹³.

Diante da perspectiva sobre as inovações disruptivas, o Portal da Indústria, *website* desenvolvido pelo SESI (Serviço Social da Indústria)¹³, instituição de personalidade jurídica de Direito Privado brasileiro, listou as inovações disruptivas que impactam ou irão impactar a indústria e sociedade ao longo dos anos, assim sendo: Internet das Coisas, Produção Inteligente, Inteligência Artificial, Tecnologia de Redes, Biotecnologia, **Nanotecnologia**, Materiais Avançados e Armazenamento de Energia.

Sob esse viés, as nanotecnologias fazem parte das inovações tecnológicas disruptivas, por abrirem a possibilidades de construção de materiais e produtos com características totalmente novas. Dessa forma, o Direito não pode se omitir diante de inovações que implicam mudanças no corpo social como um todo, adaptando e otimizando diversas áreas, tais como a economia, o comportamento e a forma de consumo. Nessa mesma ótica, Nascimento e Engelmann¹⁴, pontuam que “[...] O Direito, tendo como uma de suas funções regulamentar a vida em sociedade, não pode deixar essas grandes inovações como as nanotecnologias, a seu livre arbítrio”.

Nota-se manifestação do Estado por meio da Constituição Federal, que através da EC 85/2015¹⁵ estimula o desenvolvimento científico, tecnológico e a inovação, objetivando impulsionar a pesquisa nacional e a criação de soluções tecnológicas, o capítulo IV da Carta Magna Brasileira passou a inserir a palavra “inovação” no título do capítulo. Outrossim, no caput, do art. 218 do dispositivo legal, fora incluso a obrigação do Estado em promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Dada a existência de estudos e pesquisas acerca das nanotecnologias e seus riscos¹⁶,

¹³ PORTAL DA INDÚSTRIA - SESI. **Indústria 2027**. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/industria-2027/inovacoes/>. Acesso em: 18 out. 2022.

¹⁴ NASCIMENTO, M.C.S.A ENGELMANN, W. Nanotecnologia e direito: da estrutura jurídica tradicional ao diálogo entre as fontes do direito. **NOMOS - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v.37, n.1, p. 199-221, jan./jun., 2017.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 85 de 26 de fevereiro de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc85.htm. Acesso em: 16. out. 2022.

¹⁶ JELIAZKOVA, N.; BLEEKER, E.; CROSS, R. *et al.* How can we justify grouping of nanoforms for hazard assessment? Concepts and tools to quantify similarity. **NanoImpact**, v. 25, 2022; VISSER, M.; GOSENS, I.; BARD, D. *et al.* Towards health-based nano reference values (HNRVs) for occupational exposure: Recommendations from an expert panel. **NanoImpact**, v. 26, 2022; WEZEL, A. P. van; LENTE, H. van; SANDT, J. JM van de *et al.* Risk analysis and technology assessment in support of technology development: putting responsible innovation in practice in a case study for nanotechnology. **Integrated Environmental Assessment and Management**, v. 14, n. 1, 2018, p. 9-16. ²¹COSTA, J de. F. **Os espaços curvos do Direito:**

é fundamental que o Estado procure meios de regularizar sua utilização através das fontes do Direito. Compreende-se que o Direito é uma realidade que se move dentro do tempo, ainda, o Direito é condicionado pelo próprio tempo, por essa perspectiva, o Direito não pode estagnar no tempo sem observar as inovações na sociedade²¹, tendo em vista que a partir de uma inovação, as sociedades mudam.

III - Fontes de Direito e a Comunicação Reticular

A expressão: “Fontes de Direito” se refere aos componentes utilizados no processo de composição do Direito, dessa forma, as fontes são as diversas origens do Direito. Representam os seus modos de expressão e conhecimento das condutas que se consideram jurídicas em uma sociedade. O diálogo entre as fontes desenvolveu-se a partir da concepção da aproximação das normas, desenvolvido inicialmente por Erik Jayme, à vista disso, a partir da reestruturação dos pressupostos tradicionais do Direito, busca-se a reorganização das fontes, com objetivo de adequar-se de melhor maneira a cada necessidade específica¹⁷.

Ainda, Wilson Engelmann¹⁸ propõe diálogo entre as fontes do Direito em sentido amplo, indicando o diálogo sem exigir necessariamente a interlocução de duas fontes, mas uma reordenação das diversas fontes que emergem dessas normas, sendo compreendida, como uma forma de buscar o suporte fático apresentado pelo célebre Pontes de Miranda, em outras fontes que não sejam apenas a lei, propondo então, a expansão do suporte fático, com objetivo de identificar os elementos no Direito e não restritivamente na lei¹⁶. Aproximando o chamado diálogo entre as fontes do Direito com a temática central do presente artigo, Engelmann e Pulz¹⁹ as nanotecnologias trazem desafios e necessidades, assim, sobrevém a necessidade de dispor de “[...] ambientes regulatórios e institucionais favoráveis às transformações produtivas [...]”. Os autores destacam que a regulação das

As linhas rectas do Direito. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2009. p. 9-37.

¹⁷ AZEVEDO, M.C.S., ENGELMANN, W. Da Teoria da Regulação ao Diálogo entre as Fontes do Direito: Contributos a partir da Obra de Alain Supiot. In: **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS**. Volume XI. Número 2. p. 293-313. Porto Alegre. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/320759232_Da_Teoria_da_Regulacao_ao_Dialogo_entre_as_Fontes_do_Direito_Contributos_a_partir_da_Obra_de_Alain_Supiot. Acesso em: 18 out. 2022.

¹⁸ ENGELMANN, W. A (re)leitura da teoria do fato novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, A.L.; STRECK, L. L.; ROCHA, L. S. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n.7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

¹⁹ ENGELMANN, W., & PULZ, R. L. As nanotecnologias no panorama regulatório: entre a ausência de regulação estatal específica e a necessidade de harmonização regulatória não estatal. **Araucária. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, 17(33), 151-181. 2015.

nanotecnologias é observada como um desafio, e “[...] deverá ser percebida e aplicada fora do cenário positivista onde muitos juristas ainda estão vivendo, mas trabalhar na conjugação das fontes do Direito”. Portanto, compreende-se que o diálogo entre as fontes de Direito se dá a partir da inter-relação entre os diversos mecanismos da ciência jurídica, ou seja, não existindo hierarquia, mas sim a interdependência entre os organismos. Sob essa perspectiva, surge o conceito de “comunicação reticular”.

A chamada “comunicação reticular” uma expressão elaborada por Massimo Di Felice, sinalizando para um processo de comunicação que “[...] deixa de ser o conjunto de ações que objetivam tornar comum uma mensagem ou anúncio e passa a agregar um conjunto de plataformas de trocas de informação e de estabelecimento de relações [...] mais do que escolher a informação dentre de um cardápio pré-definido, é possível criar as próprias opções desempenhando um papel ativo na vivência produtiva do contexto digital”.²⁰ Destarte, se entende que as fontes do Direito e diversos organismos em que produzem normas devem estar conectados em rede e se valerem das potencialidades dessas conexões. Isso posto, pode-se assimilar que a partir da comunicação em rede, de modo que os transmissores estejam interligados, favorece o fortalecimento das fontes de Direito, uma vez que todos os agentes estão em constante interação e sob mutualidade, desvinculando-se da hierarquia normativa.²¹ Portanto, o processo de comunicação e trocas de informações e conhecimentos favorece o desenvolvimento do diálogo entre as diversas fontes do Direito, incluindo as normas técnicas editadas pelo ISO.

IV - As Normas ISO

Apesar da não regulação pelo meio legislativo estatal da matéria em escala nano por parte da legislação brasileira, e para que haja efetiva comunicação reticular entre as fontes do Direito com objetivo de regulamentar as nanotecnologias e os nanomateriais, surge a possibilidade de meios alternativos às formas governamentais, como por exemplo a Organização Internacional de Padronização (ISO), organização não - governamental, sendo a maior desenvolvedora de normas internacionais, com propósito de desenvolver normas

²⁰ FELICE, M. Di; TORRES, J. C. & YANAZE, L. K. H. **Redes digitais e sustentabilidade**: as interações com o meio ambiente na era da informação. São Paulo: Annablume, 2012.

²¹ ENGELMANN, W. Percursos para inovar a Teoria Geral das Fontes do Direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, *sandbox* regulatório e princípios. In: Anderson Vichinkeski Teixeira; Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** [recurso eletrônico]: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2022, v. 18, p. 327-346.

técnicas universais, atuando em prol da harmonização de produtos e processos para indústrias de tecnologia, segurança alimentar, agricultura e saúde, a sua utilização impacta positivamente em questões sociais e econômicas em todo o globo.²²

No Brasil, a Organização Internacional de Padronização tem representação e participação por intermédio da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas), considerado membro fundador. A associação brasileira é o Foro Nacional de Normalização, tendo sua fundação ocorrido em 1940. Em 1962, a atual entidade privada e sem fins lucrativos, foi regularizada atendendo à lei federal.

Com o objetivo de propor modelos de regulação para o fato nanotecnológico, Martins e Engelmann²³, propõem a sistematização da gestão integrada entre os organismos de normalização, com o propósito de utilizar a ONG como uma ferramenta de auto regulação. Então, tem-se as fontes em rede como uma forma de promover o diálogo entre as fontes do direito, possibilitando uma eficaz e internacional regulamentação da inovação tecnológica.

Tendo em vista a carência de normas estatais a fim de regular as nanotecnologias e seus possíveis riscos, observa-se as Normas ISO/TC 229, que totalizam entre cinquenta e sete países membros e membros observadores. O escopo da ISO/TC 299 resume-se em estabelecer normas e diretrizes que suportem o desenvolvimento, a disseminação, a comercialização e a evolução das nanotecnologias, incluindo ainda os aspectos legais, sociais e ambientais correlatos, apresentando maiores possibilidades de estabelecer padrões de segurança contra os riscos da nanotecnologia²⁴.

Nesse viés, a utilização de tal norma inserida como forma de precaução beneficiaria áreas distintas da máquina estatal, sobretudo a economia e a segurança jurídicas.

Em conclusão, observa-se as vantagens propiciadas pelas normas ISO, mostrando-se uma maneira segura, veloz e efetiva de regular o fator nanotecnologia, uma vez que há segurança e análise internacional, não dependendo de ações governamentais de elaboração

²² ENGELMANN, W.; MARTINS, P. S. (Org.). **As Normas ISO e as nanotecnologias: entre a autorregulação e o pluralismo jurídico** [e-book]. São Leopoldo: Editora Karywa, 2017.

²³ ENGELMANN, W.; MARTINS, P. S. (Org.). **As Normas ISO e as nanotecnologias: entre a autorregulação e o pluralismo jurídico** [e-book]. São Leopoldo: Editora Karywa, 2017.

²⁴ PEREIRA, R., PERCIO, J. K., SACOMORI, D. **A autorregulação dos riscos das novas tecnologias no âmbito internacional: um estudo a partir da ISO/TC 229**. v. 2 n. 3 (2019): Dom Helder Revista de Direito.

específica. Além disso, fortalece a comunicação reticular, mostrando-se a possibilidade de utilizar mecanismos internacionais como estruturas regulatórias, além de se organizar o diálogo entre as fontes do Direito, onde se combinam diversas fontes, buscando nelas as possíveis contribuições para se construir a disciplina jurídica das nanotecnologias, sem a prevalência de nenhuma delas.

As vantagens da utilização das nanotecnologias e seus subprodutos são proeminentes para diversos ramos da sociedade, devida sua ampla aplicação e utilização, como demonstrado pela base de dados *StatNano*, conforme informações apresentadas no item 2. I. A regulação da inovação abrange segurança para aqueles que desejam investir e para os cidadãos que são expostos à tecnologia, assegurando segurança jurídica e administração de riscos sociais e ambientais. De qualquer modo, não se propõe a regulação legislativo-estatal, que costume ter uma temporalidade distinta da temporalidade das tecnologias. Por isso, a proposta de diálogo entre as fontes do Direito, conectadas em rede de múltiplas e recíprocas contribuições, com destaque para as normas específicas sobre as nanotecnologias produzidas pelo Comitê Técnico 229 (CT 229) da ISO, que poderá se enriquecer com as contribuições de outras fontes como a Doutrina e os documentos produzidos por agências reguladoras internacionais, como as estadunidenses e europeias.

Considerações Finais

As nanotecnologias fazem parte das inovações disruptivas mais promissoras da atualidade, tendo em vista sua extensa aplicabilidade em diversos setores, tais como: a indústria automotiva, a indústria têxtil, a indústria alimentícia e na produção de fármacos, por exemplo. Apesar de sua grandiosidade e do número expressivo de aumento do mercado consumidor, conforme evidenciado pelos dados do *website StatNano*, a escassa produção científica acerca de seus riscos, faz com que os indivíduos não saibam que estão consumindo produtos com a tecnologia, além da falta de conhecimento dos possíveis riscos na saúde ao utilizar e consumir produtos que possuem o nanomaterial na composição. Ainda, pouco se sabe sobre os impactos ambientais futuros e atuais advindos da inovação. Por conseguinte, nota-se a insuficiência da estrutura jurídica tradicional a respeito da regulação dos direitos e deveres oriundos da tecnologia. Nessa perspectiva, evidencia a importância de valorizar as diversas fontes do Direito, afastando-se da ideia de buscar a regulação pela via tradicional da legislação. Então, se mostra que o diálogo entre as fontes do Direito e a comunicação da área do Direito em colaboração com as demais áreas do conhecimento que pesquisam e desenvolvem as nanotecnologias, caracteriza a perspectiva reticular do diálogo entre as fontes

do Direito e seus diversos atores. Um exemplo desse cenário é o trabalho da Organização Internacional de Padronização (ISO), que reúne representantes de grande número de países, incluindo o Brasil, por meio da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Portanto, o espaço produtivo e regulatório da ISO é um *locus* privilegiado para se desenvolver a comunicação reticular, buscando criar normas para os avanços das nanotecnologias, objetivando maior segurança e celeridade na regulação das inovações criadas pela atuação criativa do ser humano.

Referências

AZEVEDO, M.C.S., ENGELMANN, W. Da Teoria da Regulação ao Diálogo entre as Fontes do Direito: Contributos a partir da Obra de Alain Supiot. In: **Cadernos do Programa de PósGraduação em Direito - PPGDir/UFRGS**. Volume XI. Número 2. p. 293-313. Porto Alegre.

Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/320759232_Da_Teoria_da_Regulacao_ao_Dialogo_e_entre_as_Fontes_do_Direito_Contributos_a_partir_da_Obra_de_Alain_Supiot.

Acesso em: 18 out. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. Editora Ibepex, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 85 de 26 de fevereiro de 2015**.

Disponível

em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc85.htm. Acesso

em: 16. out. 2022.

CADIOLI, L. P. & SALLA, L. D. Nanotecnologia: um estudo sobre seu histórico, definição e principais aplicações desta inovadora tecnologia. **Revista de Ciências exatas e tecnologia**, v. 1, n. 1, p. 98-105, 2006.

CÂNDIDO, A. C. Inovação Disruptiva: Reflexões sobre as suas características e implicações no mercado. In: **IET Working Papers Series No. WPS 05/2011**. Repositório Universidade Nova de Lisboa, Monte da Caparica, p. 6. 2011. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10362/6912>. Acesso em: 02 nov. 2022.

COSTA, J de. F. **Os espaços curvos do Direito**: As linhas rectas do Direito. Instituto da Conferência, Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2009. p. 9-37.

ENGELMANN, W. A (re)leitura da teoria do fato novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, A.L; STRECK, L. L; ROCHA, L. S. (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n.7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ENGELMANN, W., HOHENDORFF, R. von, & LEAL, D. W. S. (2018). Nanotecnologias e a evolução das teorias sobre risco: a atenção para o *nanowaste* e sua adequada gestão. **Cadernos de Direito Actual**, (10), 79-118.

ENGELMANN, W., & MARTINS, P. S. Desenvolvimento nanotecnológico: metamorfose e a autorregulação no cenário das nanotecnologias. **RevistaJurisFIB**, 9(9). 2019.

ENGELMANN, W.; MARTINS, P. S. (Org.). **As Normas ISO e as nanotecnologias**: entre a autorregulação e o pluralismo jurídico [e-book]. São Leopoldo: Editora Karywa, 2017.

ENGELMANN, W. Novos desafios para o Direito na era das Nanotecnologias. **Revista TOMO**, n. 29 (2016): jul./dez. p.p.37-54, 2016.

ENGELMANN, W. Percursos para inovar a Teoria Geral das Fontes do Direito: modelos de autorregulação regulada para as nanotecnologias, *sandbox* regulatório e princípios. In: Anderson Vichinkeski Teixeira; Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** [recurso eletrônico]: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2022, v. 18, p. 327-346.

ENGELMANN, W., & PULZ, R. L. As nanotecnologias no panorama regulatório: entre a ausência de regulação estatal específica e a necessidade de harmonização regulatória não estatal. **Araucária. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, 17(33), 151-181. 2015.

FELICE, M. Di; TORRES, J. C, & YANAZE, L. K. H. **Redes digitais e sustentabilidade**: as interações com o meio ambiente na era da informação. São Paulo: Annablume, 2012.

FIA - Business School. Inovação **Disruptiva: o que é, importância e exemplos**. Disponível em: <https://fia.com.br/blog/inovacao-disruptiva/>. Acesso em: 18 jul. 2020.

FIALKOSKI, D. & MALFATTI, C. R. M. Nanotecnologia: uma prospecção tecnológica no âmbito nacional e internacional. **Cadernos de Prospecção**, [S. L.], v. 12, n. 3, p. 590, 2019.

Engelmann, Wilson; Müller, Laura. As nanotecnologias e o direito: alguns percursos reticulares de aproximação
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 259-273. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

DOI: 10.9771/cp.v12i3.27323. Disponível em:
[https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article /view/27323](https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/27323). Acesso em: 3 ago. 2022.

HOHENDORFF, R. von; COIMBRA, R. & ENGELMANN, W. As nanotecnologias, os riscos e as interfaces com o direito à saúde do trabalhador. **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 53, n. 209, p. 151-172, jan./mar. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/209/ril_v53_n209_p151. Acesso em: 03 ago. 2022.

JELIAZKOVA, N.; BLEEKER, E.; CROSS, R. *et al.* How can we justify grouping of nanoforms for hazard assessment? Concepts and tools to quantify similarity. **NanoImpact**, v. 25, 2022.

KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. B. The emergence of global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 68, n. 3, p. 15-62, jul./ dez. 2005.

KOLLERMANN, M. E. **Novas Tecnologias e Regulação: Inovações Disruptivas e os Desafios ao Direito da Regulação**. Curitiba, Universidade Federal do Paraná - UFPR, 2020. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/69127/R%20-%20D%20-%20MARIA%20EDUARDA%20KORMANN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Acesso em: 18 out. 2022.

NANOTECHNOLOGY PRODUCTS DATABASE (NPD). Disponível em: <https://statnano.com>. Acesso em 16 nov. 2022.

NASCIMENTO, M.C.S.A ENGELMANN, W. Nanotecnologia e direito: da estrutura jurídica tradicional ao diálogo entre as fontes do direito. **NOMOS - Revista do Programa de PósGraduação em Direito da Universidade Federal do Ceará**, Fortaleza, v.37, n.1, p. 199-221, jan./jun., 2017.

PEREIRA, R., PERCIO, J. K., SACOMORI, D. A autorregulação dos riscos das novas tecnologias no âmbito internacional: um estudo a partir da ISO/TC 229. v. 2 n. 3 (2019): Dom Helder Revista de Direito.

PORTAL DA INDÚSTRIA - SESI. **Indústria 2027**. Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/industria-2027/inovacoes/>. Acesso em: 18 out. 2022.

Engelmann, Wilson; Müller, Laura. As nanotecnologias e o direito: alguns percursos reticulares de aproximação
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, n° 1 (2023). p. 259-273. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. Saraiva: São Paulo, 2022.

VISSER, M.; GOSENS, I.; BARD, D. *et al.* Towards health-based nano reference values (HNRVs) for occupational exposure: Recommendations from an expert panel. **NanoImpact**, v. 26, 2022.

WEZEL, A. P. van; LENTE, H. van; SANDT, J. JM van de *et al.* Risk analysis and technology assessment in support of technology development: putting responsible innovation in practice in a case study for nanotechnology. **Integrated Environmental Assessment and Management**, v. 14, n. 1, 2018, p. 9-16.

ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE: IMPLICAÇÕES DA SUSTENTABILIDADE NOS NEGÓCIOS¹

Environmental, Social and Governance: sustainability implications in business

Wilson Engelmann²

Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

wengelmann@unisin.br

Lucas Wagner³

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

DOI: <https://doi.org/10.62140/WELW574219485>

Recebido em: 19/11/2022

Aprovado em: 14/12/2022

¹ Este trabalho é o resultado parcial das pesquisas realizadas pelos autores no âmbito dos seguintes projetos de pesquisa:

a) Chamada CNPq n. 09/2020 - Bolsas de Produtividade em Pesquisa - PQ, projeto intitulado: “Percurso para ressignificar a Teoria Geral das Fontes do Direito: o *Sandbox regulatório* como um elemento estruturante da comunicação reticular entre o Direito e as nanotecnologias”; b) “Sistema do Direito, novas tecnologias, globalização e o constitucionalismo contemporâneo: desafios e perspectivas”, Edital FAPERGS/CAPES 06/2018 - Programa de Internacionalização da Pós-Graduação no RS. Este trabalho também está vinculado às pesquisas realizadas pelo primeiro autor nos seguintes Centros Internacionais de Investigação: CEDIS - Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Portugal; do Instituto Jurídico Portucalense, da Universidade Portucalense, cidade do Porto, Portugal; e do CEAD - Centro Francisco Suárez - Centro de Estudos Avançados em Direito da Universidade Lusófona de Lisboa, Portugal.

² Doutor e Mestre em Direito Público, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Brasil; realizou Estágio de Pós-Doutorado em Direito Público-Direitos Humanos, no Centro de Estudios de Seguridad (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da UNISINOS; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO; e-mail: wengelmann@unisin.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>.

³ Graduando do Curso de Graduação em Direito da UNISINOS, Brasil; Bolsista de Iniciação Científica UNIBIC/UNISINOS; Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO.

Resumo: O presente estudo tem por finalidade discutir implicações de sustentabilidade do ESG, por meio de índices já definidos para avaliação do tema. Para tanto, os objetivos do trabalho serão o estudo de conceitos principais relacionados ao tema do ESG e a análise dos critérios já definidos para a avaliação da sua materialidade. Esse estudo tem por justificar a necessidade de entender o efetivo retorno financeiro para as empresas que pautam suas ações nas máximas do ESG, por meio de métricas avaliativas. A metodologia do artigo foi feita pelo método da revisão sistemática literatura. Não basta apenas a concepção teórica sobre o tema do ESG, mas existem critérios materiais para se medir se a empresa efetivamente está atendendo os elementos estruturantes de cada uma das letras do acrônimo ESG. Não basta dizer e escrever que a empresa é sustentável. Ela deverá comprovar a materialidade do cumprimento das ações integrantes do tema ESG, utilizando um dos sistemas de avaliação já existentes.

Palavras-chave: Regulação; ESG; Materialidade; Sustentabilidade; Indicadores; Avaliação.

Abstract: The purpose of this study is to discuss implications for the sustainability of the ESG theme, through indexes already defined for evaluating the topic. Therefore, the objectives of the study will be the knowledge of main concepts related to the ESG theme and the analysis of the criteria already defined for the evaluation of its materiality. This study justifies the need to understand the effective financial return for companies that base their actions on ESG maxims, through evaluative metrics. The methodology of the article was carried out using the systematic literature review method. The theoretical conception of the ESG theme is not enough, but there are material criteria to measure whether the company is effectively meeting the structuring elements of each of the letters from the acronym ESG. It is not enough to say and write that the company is sustainable. It must prove the materiality of compliance with the actions that are part of the ESG theme, using one of the existing evaluation systems.

Key words: Regulation; ESG; Materiality; Sustainability; Indicators; Evaluation.

1. Introdução

Atualmente, à medida que os novos tempos avançam, inovações tecnológicas estão trazendo mudanças positivas no planeta inteiro. No entanto, o mundo atual enfrenta também

seus graves efeitos negativos. A população dos países afora, assim como do Brasil, cada vez mais volta sua atenção a procurar e resolver problemas com o uso de mecanismos preventivos em matéria ambiental, assim como dois outros temas que compõe uma tríade: com a prevenção por meio de práticas sociais e com a de governança corporativa.

Empresas vem investindo significativamente no desenvolvimento e melhoria da saúde, na segurança e bem-estar dos seus funcionários e na condução dos negócios com mais integridade, evitando práticas eivadas de corrupção⁴. Segundo os autores Turqueti e Lima⁵, “atualmente não é mais suficiente para o setor privado a busca pelo lucro e geração de empregos que ocorre de forma ocasional na busca por esse objetivo”, mas a estruturação de um de um negócio, valorizando a mão de obra e a sociedade em seu entorno. Essas atividades, normalmente referidas como de sustentabilidade corporativa, também podem refletir ao redor de direitos humanos, poluição, discriminação e atos de transparência na empresa⁶. Tais condutas, pautadas nos princípios do ESG, da sigla *Environmental, Social and Governance* - em tradução literal: meio ambiente, social e governança - podem impactar significativamente nos negócios.

O tema inclusive tem destaque para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), fixados pela ONU, que se revela “um apelo global à ação para acabar com a pobreza, proteger o meio ambiente e o clima e garantir que as pessoas, em todos os lugares, possam desfrutar de paz e de prosperidade”⁷. São metas que visam o cumprimento de objetivos em uma agenda programada até o ano de 2030 no Brasil e no mundo. No aspecto padrões e critérios ambientais, sociais e de governança se observa que se referem à adoção de atos proativos de integridade por governança corporativa conforme os princípios ESG e numa agenda que deve trazer similaridade com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável⁸.

⁴ SERAFEIM, George. Public Sentiment and the Price of Corporate Sustainability. Harvard Business School, *Financial Analysts Journal*, 2018. p. 2.

⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago; TURQUETI, Daniele de Mattos Carreira; LIMA, Marcus Vinicius Rodrigues. A responsabilidade pelo enfrentamento de demandas sociais: a assimilação empresarial do conceito e a nova onda ESG. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 63, p. 663 - 683, ago. 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5348>. Acesso em: 13 nov. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v1i63.5348>. p. 667-668.

⁶ *Ibid.* p. 667-668.

⁷ ONU - Organização das Nações Unidas. *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 10 dez. 2022.

⁸ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; VIANNA, Marcelo Drügg Barreto Vianna; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Finanças sustentáveis* [livro eletrônico]: ESG, Compliance, gestão de riscos e ODS. Belo Horizonte: Abrampa,

Em que pese afirmar que os acionistas deveriam esperar que uma empresa aumente sua divulgação financeira sem se referir a suas ações sociais, que devem ser realizadas por instituições beneficentes e sem fins lucrativos⁹, fato é que existem pessoas atuantes no mundo dos negócios que se voltam a aspectos pragmáticos no que tange ao retorno dos seus investimentos, ainda que sem cunho financeiro propriamente dito.

Revela-se importante conhecer as implicações surtidas pelos princípios do ESG na sustentabilidade dos negócios, notadamente nas grandes empresas, com o fito de verificar a viabilidade, durabilidade e retornabilidade dos investimentos pautados nos princípios do *compliance* ambiental, social e de governança.

Assim, o objetivo geral do presente trabalho científico será pesquisar artigos científicos que possam demonstrar ou indicar as implicações de sustentabilidade das boas práticas revestidas das máximas do ESG. Os objetivos específicos serão a) estudar os conceitos principais relacionados ao tema do ESG; b) realizar revisão sistemática da literatura no portal de periódicos da CAPES; e c) avaliar os critérios já definidos para a avaliação da materialidade do tema ESG.

Se fez uso do método da revisão sistemática da literatura. Para tanto, procedeu-se à procura, na plataforma de periódicos Capes, de artigos científicos com o uso dos termos “ESG, Environmental, Social, Governance e Sustentabilidade”. Para isso, foi acessado o Portal de Periódicos da Capes, no site oficial, e realizado o login na aba “Acesso ao CAFe”, com a opção da Universidade da UNISINOS selecionada. Na sequência, foi selecionada a aba “Buscar Assunto”, no campo “Acervo”. O resultado indicou 36 itens, dos quais foram selecionados 9 artigos, pertinentes à proposta do trabalho científico. Alguns deles, ainda que de forma indireta ou reflexa, indicou um quadro de fatores positivos para os negócios que praticam as ações do ESG, sendo bastante promissor trabalhar com o tema. Essas práticas, inclusive, podem trazer a maximização do valor da marca da empresa. Além disso, como forma de subsidiar mais conteúdo, principalmente no que se refere aos capítulos que versam sobre os avaliadores do ESG e da materialidade, foi utilizado o Google Acadêmico para coleta de artigos científicos.

2. Do Acrônimo ESG

Com efeito, cada vez mais vem chamando a atenção de investidores o acrônimo ESG a fim de destacar sua empresa com práticas sustentáveis. A plataforma Google Trends, por

exemplo, indica que desde o começo de 2020, no período pré-pandemia do COVID-19, o termo ESG

2021. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/regiao3/atos-e-publicacoes/publicacoes/e-book-financassustentaveis-esg-compliance-gestao-de-riscos-e-ods-1>. Acesso em 13 dez. 2022. p. 71.

⁹ MACKEY, Alison; MACKEY, Tyson B.; BARNEY, Jay B. Corporate social responsibility and firm performance: Investor preferences and corporate strategies. *Academy of management review*, ed. 32, p. 817-835, 2007. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20159337>. Acesso em 13 dez. 2022.

recebeu aumento exponencial de busca, pois naquele período a pesquisa da referida sigla representava a casa de menos de dois dígitos, enquanto, em julho do ano de 2022, chegou à marca da pontuação cem, em um aumento de até dez vezes⁹.

O tema traduzido pela sigla *ESG*, procura conectar preocupações e ações relacionadas (a) ao meio ambiente, em sentido amplo - como *environmental*, evidenciando questões sobre o impacto ambiental da empresa, uso eficiente de recursos ambientais, eficiência energética, descarte de lixo, emissões de gases de efeito estufa, dentre outros contextos -, (b) às questões sociais - do inglês *social*, destacando o tema dos direitos humanos, em sentido amplo, nas cadeias produtivas das organizações - e (c) à governança corporativa - o *governance*, aqui abrangendo as políticas e compromissos das organizações com questões éticas¹⁰ e práticas que regulam o modo como a organização é dirigida, seja nas suas relações internas, quanto nas suas redes estruturais e negociais externas.¹¹ O conteúdo que está sob a sigla “ESG” sempre deveria estar na atividade cotidiana de qualquer ser humano, além de representar a linha mestra de operação de qualquer organização. Lamentavelmente, não é

⁹ GOOGLE Trends. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://trends.google.com.br/trends/?geo=BR>. Acesso em 18 nov. 2022.

¹⁰ ARMSTRONG, Anona. Ethics and ESG. *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, v. 14, n. 3, 2020, p. 617. doi:10.14453/aabfj.v14i3.2

¹¹ ARBEX, Nelmara. ESG: conectando negócios com toda a sociedade. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira. *ESG: o cisne verde e o capitalismo de Stakeholder: a tríade regenerativa do futuro global*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 75-86, as ideias aqui destacadas se encontram na p. 75-76; SILVA, Sandra Regina da; GOMES, Adriana Salles. Sustentabilidade e o efeito bolsa de neve. Dossiê ESG: veja, escute, fale e lidere. *HSM Management*, edição 143, novembro-dezembro 2020, p. 36-43.

assim. Por isso, é preciso que, de tempos em tempos, emergjam acrônimos para destacar algo que já deveria ter sido compreendido e colocado em prática.¹²

Anotando-se um marco temporal inicial, se pode destacar que o termo “ESG” nasceu em 2004, a partir de uma publicação do Pacto Global das Nações Unidas, em parceria com o Banco Mundial, intitulada *Who Cares Wins*¹³, ou seja, “*Quem se importa (ou cuida), ganha*”. Nessa publicação, o Secretário-Geral da ONU Kofi Anna, levantou uma provocação para 50 CEOs de grandes instituições financeiras, sobre como integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais. Desde essa iniciativa, o movimento tem ganhado consistência, especialmente pela integração do tema na agenda do Fórum Econômico Mundial, ampliando o segmento das organizações que passaram a orientar as suas operações pelo conteúdo do *ESG*. Nesse contexto, nascem as bases estruturantes do chamado de *Stakeholder Capitalism*¹⁴, ou seja, “capitalismo das partes interessadas”, em substituição ao “capitalismo dos acionistas ou sócios”. Não se trata apenas de uma mudança de foco conceitual, mas da ampliação da participação na construção de um novo modelo de capitalismo, com a inclusão de todas as partes interessadas.

A participação da pluralidade das “partes interessadas” significa, no entendimento de Marisa Drew¹⁶, a inserção ativa de mais um “S”, no tema “ESG”, que corresponde à própria sociedade como um todo: não significa transformar os negócios em filantrópicos, mas mobilizar o capital para gerar o bem. Para tanto, será necessário mobilizar o setor privado, destacando um propósito que transcende a geração do lucro. Essa perspectiva da duplicação do “S”, se alinha com o entendimento de Robert Edward Freeman, no sentido da necessidade de se praticar uma nova narrativa para os negócios: “nela, os empreendedores não precisariam ter vergonha de ganhar dinheiro, desde que seus negócios fossem acompanhados por um senso de propósito e de moralidade”¹⁷. A proposição conceitual e a implantação prática está em movimento. Ainda se tem muito a fazer. No entanto, parece ser

¹² ENGELMANN, Wilson. O tema ESG e o agronegócio: desafios e oportunidades. In VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (Org.). *A implementação das diretrizes das Nações Unidas de proteção ao consumidor em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro*. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022, p. 147-164.

¹³ THE GLOBAL COMPACT. *Who Cares Wins: connecting financial markets to a changing World*. Disponível em: <https://documents1.worldbank.org/curated/en/280911488968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf>. Acesso em 25 nov. 2022.

¹⁴ WORLD ECONOMIC FORUM. *Measuring Stakeholder Capitalism: Towards Common Metrics and Consistent Reporting of Sustainable Value*. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/measuring-stakeholder->

uma boa iniciativa para operar a mudança nas organizações, que converge para o tema do ESG. A inserção dessas preocupações deverá efetivamente interagir com o *DNA da organização*, posto não ser “[...] uma simples política de compensação, mas uma estratégia sólida que visa resultados financeiros, seja para os investimentos, seja para o faturamento das empresas. Ela é uma política que nasce contemplando todos os *Stakeholders*”.¹⁸

Uma motivação para se enfatizar a importância desse tema poderá ser vinculada aos resultados do documento intitulado: *The Global Risks Report 2021*, do Fórum Econômico Mundial¹⁹, que aponta as seguintes categorias de riscos globais: a crise climática e a perda de biodiversidade; tensão nos Sistemas de saúde; equilíbrio econômico e coesão social; as variadas formas de divisões globais; as barreiras à inclusão digital; perdas de oportunidades para os jovens. Entre os riscos globais de maior probabilidade nos próximos dez anos estão as condições meteorológicas extremas; falhas nas ações climáticas e danos ambientais causados pelo homem; bem como concentração de poder digital, desigualdade digital e falha de segurança cibernética. Entre os riscos de maior impacto da próxima década: as doenças infecciosas estão no topo, seguidas por falhas na ação climática e outros riscos ambientais; bem como armas de destruição em massa; crises de meios de subsistência; crises financeiras e quebra da infraestrutura vinculada às tecnologias da informação e tecnologias

Capitalism-Towards-Common-Metrics-And-Consistent-Reporting-Of-Sustainable-Value-Creation. Acesso em: 30 nov. 2022.

¹⁶ CAETANO, Rodrigo. Está faltando “S” no ESG, segundo Marisa Drew, presidente do departamento de investimento de impacto do Banco Credit Suisse. *Revista Exame*, edição 1227, ano 55, n. 3, março de 2021, p. 22-26. ¹⁷ FREEMAN, Robert Edward. *Strategic Management: a stakeholder approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

¹⁸ TUCCI, Amanda. Em nome do futuro da Terra. *Revista Forbes Brasil*, ano VIII, n. 83, 2020.

¹⁹ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Risks Report 2021*. 16th Edition. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2021.pdf. Acesso em 30 nov. 2022.

digitais.¹⁵ Portanto, os desafios estão projetados no horizonte temporal. A inserção do tema “ESG” no cotidiano das organizações poderá ser uma alternativa. Na parte ambiental se localizam as preocupações com as mudanças climáticas e o aquecimento global. Na parte social se localiza o importante ingresso do tema dos Direitos Humanos nas empresas (respeitar, proteger e remediar os Direitos Humanos)¹⁶, com todos os seus variados desdobramentos, além do cumprimento preliminar de toda a legislação trabalhista e das demais obrigações relacionadas às obrigações. No entanto, esses são requisitos pressupostos para que se ingresse nas caracterizações do tema ESG. No quesito da governança ingressam as questões relacionadas com a ética empresarial¹⁷, transparência administrativa, relatórios de sustentabilidade divulgadas regularmente, dentre outros temas correlatos.¹⁸

Os riscos mapeados pelo *Fórum Econômico Mundial*, conjugados com essas situações empresariais, evidenciam os dados da realidade local e global que estão exigindo a atenção da humanidade e contando com a participação ativa das organizações.

No Brasil, estão surgindo exigências para divulgação das informações práticas de ESG, como no caso da Resolução 59/21 da CVM, publicada no final do ano de 2021. Segundo essa normativa, empresas abertas estão obrigadas a divulgarem informações sobre práticas de ESG em seu relatório anual ou outro documento do gênero. Assim, demonstra-se a importância dos diversos desdobramentos que o tema poderá gerar, repercutindo em uma grande necessidade de despertar o interesse dos investidores, que devem observar o efetivo retorno sustentável da empresa focada no ESG como uma nova pauta das organizações.

Nesse contexto, uma pesquisa realizada pela *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, de autoria de Subodh Mishra, apontou que empresas com uma boa avaliação ESG estão geralmente associadas a um valor maior de mercado, além de fatores como maior lucratividade²⁴. Além de um maior valor associado à marca, o uso dos princípios do *Environmental, Social and Governance* tem mostrado impacto positivo sobre o desempenho

¹⁵ WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Risks Report 2021*. 16th Edition. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2021.pdf. Acesso em 30 nov. 2022.

¹⁶ RUGGIE, John Gerard. *Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos*. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta sustentável, 2014. Documento disponível para Kindle.

¹⁷ CARRILLO, Jairo. *Ética y Empresa: ¿Son compatibles la ética y la gestión empresarial en la economía de mercado?* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

¹⁸ Adaptado a partir de: TUCCI, Amanda. Em nome do futuro da Terra. *Revista Forbes Brasil*, ano VIII, n. 83, 2020; LIMA, Monique; KASTNER, Tássia. A mão invisível do ESG. *Revista Você S/A*, n. 272, janeiro de 2021, p. 36-45. ²⁴ MISHRA, Subodh. ESG Matters. *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*: Harvard Law School. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/01/14/esg-matters>. Acesso em 19 nov. 2022.

financeiro de uma empresa, além de manter o desenvolvimento e crescimento financeiro da empresa em um nível estável¹⁹.

Os autores Lílian Simone e Osvaldo Luiz, em um estudo na Universidade Federal Fluminense, asseveraram que a empresa, ao aderir em práticas sustentáveis como o ESG, acaba por diminuir o risco sistemático, determinando a redução do custo de capital e aumento do valor econômico²⁰. É também sob esse enfoque que a pesquisa de autoria de Araújo, Correia e Câmara, da Revista *Organizações & Sociedade*, concluiu haver relação positiva entre inovação ambiental e a sustentabilidade corporativa de empresas nos principais mercados da América do Sul. A inovação ambiental influencia positivamente na sustentabilidade corporativa, ao nível de significância de 10%, principalmente quando é mensurada pelos pilares ambiental, social e governança corporativa²⁷.

No entanto, outro estudo, com fundamento na complexidade de analisar as variáveis envolvidas na pesquisa, concluiu não haver indícios suficientes no sentido de que o gerenciamento e o investimento ambiental, social e corporativo possam trazer algum impacto à empresa, tendo apenas se constatado o evidente aumento de gastos em marketing e vendas²¹.

Todavia, em que pese ser necessário o investimento financeiro na seara social, por exemplo, a preocupação com a sociedade já pode ter um significativo retorno mercadológico, pois a força de trabalho satisfeita possui uma relação com índices de retorno mercadológicos para as empresas²². A mesma pesquisa concluiu que os investimentos de sustentabilidade impactam no desempenho de mercado da empresa, mas ações específicas e direcionadas promovem mais resultados mercadológicos, principalmente no pilar social²³.

¹⁹ ABOUD, A., & DIAB, A. The impact of social, environmental and corporate governance disclosures on firm value: Evidence from Egypt. *Journal of Accounting in Emerging Economies*, v. 8, 2018, p. 442-458. p. 453.

²⁰ SILVA, Lílian Simone Aguiar da; QUELHAS, Osvaldo Luiz Gonçalves. Sustentabilidade empresarial e o impacto no custo de capital próprio das empresas de capital aberto. *Gestão & Produção*, 2006, v. 13, n. 3, p. 385-395. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/gp/a/3fQ6Ckj7vptDZvs4Zt9cdGR/?lang=pt>. Acesso em: 19 nov. 2022. p. 393. ²⁷ ARAÚJO, Risolene Alves de Macena; CORREIA, Thamirys de Sousa; CÂMARA, Renata Paes de Barros. Influence of Environmental Innovation on Corporate Sustainability in Latin American Companies. *Organizações & Sociedade*. 2022, v. 29, n. 101, p. 297-322. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/osoc/a/sq75rBkqM4BV3 mZTvNjz9Yx/abstract/?lang=pt#>. Acesso em 19 nov. 2022. p. 321.

²¹ VIANA, L.; GAIO, L.; BELLI, M.; CUNHA, C. Investimento em Sustentabilidade e o impacto mercadológico: uma avaliação a partir do score ESG. *Desafio online*, v. 10, p. 77-100. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/deson/article/view/12320>. Acesso em: 19 nov. 2022. p. 95.

²² Ibid.

²³ Ibid.

CrITÉRIOS para Avaliação da Materialidade do ESG

É fato que muitas empresas só começam a lidar com temas ambientais e a melhorar sua gestão no quesito sustentabilidade depois de um escândalo ou de uma crise, como a Union Carbide em Bhopal devido ao vazamento de agrotóxicos, como a Zara usando trabalho escravo em São Paulo ou como a Nike com trabalho infantil. Este chamado *How-to* de Sustentabilidade tem lugar para empresas identificarem quais temas são realmente relevantes para o negócio e para criação de valor²⁴.

Dada a movimentação dos stakeholders no que se refere aos temas ESG, é essencial “garantir coerência na priorização e direcionar esforços e recursos para os temas que vão gerar maior valor para a empresa e seus stakeholders”²⁵. A denominada matriz de materialidade, nesse enfoque, é utilizada para priorizar tópicos mais relevantes em cada setor, segmento, indústria, contexto e tipo de operação que o negócio está inserido. Dito de outra forma: A materialidade é a base para as ações visíveis do ESG. Representa o caminho do teórico-abstrato para a explicitação de ações a serem implantadas nas organizações. A chamada materialidade se estabelece a partir do inventário de riscos, mapeando-se os temas prioritários a serem trabalhados pela organização pelo ponto de vista da própria empresa e, também, pelo ponto de vista das partes interessadas. Se podem escolher cerca de 6 temas materiais para se trabalhar em cada exercício (ano), a fim de assegurar o aprofundamento com qualidade.²⁶

Sob essa ótica, a fim de que se possa verificar a materialidade do tema sob uma matriz avaliativa, existem matrizes responsáveis por analisar e indicar o desempenho econômico de empresas no que tange aos balizadores sociais, sociais e corporativos que estão sendo estudados. Dentre eles, pode-se citar o denominado *IFC Sustainability Framework*, o *Global Reporting Initiative* (GRI) e o *Sustainable Development Goals* (SDG), em português conhecido como Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

²⁴ SPITZECK, Heiko Hosomi; ÁRABE, Mônica Poggiali; PEREIRA, Nathália Cristina Vieira Barreto Rodrigues. *Guia How-to. Matriz de Materialidade*, 2016. Disponível em: <https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/relatoriode-pesquisa-33660>. Acesso em 02 dez. 2022. p. 2.

²⁵ SANTOS, Michely Kelly dos. *Estratégia de implementação das práticas ESG em uma empresa prestadora de serviços de gestão e tecnologia*. Tese (Graduação em Engenharia de Produção) – Escola de Engenharia, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2022. p. 29.

²⁶ GOI JR, Luiz Otávio. Quer falar de ESG? Esqueça o ambiental, social e governança (ao menos no começo). *Revista Latino-americana de Governança*, v. 3, n. 1, p. e035-e035, 2023.

Adotado originalmente em 2006, a estrutura de sustentabilidade assumida com o *IFC Sustainability Framework* articula um compromisso estratégico para as boas práticas do ESG. Os Padrões de Desempenho da IFC, que fazem parte da Estrutura de Sustentabilidade, tornaram-se globalmente reconhecidos como uma referência para a gestão de riscos ambientais e sociais no setor privado²⁷. O Quadro de Sustentabilidade do IFC foi recentemente atualizado após um processo de consulta de 18 meses com partes interessadas no mundo todo. Referido avaliador consiste em balizar políticas de sustentabilidade ambiental e social, padrões de desempenho e política de acesso à informação³⁵.

A concretização da agenda da ONU com métricas de objetivo para 2030 coloca os ODS (DSG em inglês) como meios para equilibrar o crescimento econômico, a equidade e a proteção ao meio ambiente para países desenvolvidos e que estão em desenvolvimento²⁸. Países estão implementando a Agenda da ONU por meio de um plano de transformação baseado nos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para enfrentar desafios globais urgentes nos próximos 15 anos²⁹.

Em razão da relevância dos relatórios de sustentabilidade, surgiu o outro critério avaliador denominado *Global Reporting Initiative* (GRI), lançado em 1997, que traz métricas destinadas ao uso dos tópicos ambientais, sociais e econômicos. Referido protocolo é utilizado no mundo com mais de 10 mil empresas, em 100 países, que divulgam relatórios anuais de sustentabilidade com base nas normas de GRI³⁰.

A fim de dar suporte ao ESG e visando comunicar de forma clara e transparente em relação à sustentabilidade, compartilhando globalmente uma estrutura de conceitos, uma linguagem e uma métrica, a missão da GRI é oferecer “uma estrutura confiável para a

²⁷ IFC SUSTAINABILITY FRAMEWORK. *International Finance Corporation*, World Bank Group. Disponível em: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-atifc/policies-standards/sustainability+framework. Acesso em 03 dez. 2022. ³⁵ Ibid.

²⁸ FINATTO, Carla Patrícia. *As práticas de responsabilidade social corporativa no consórcio Qualem: uma análise alinhada com os objetivos do desenvolvimento sustentável e o ESG na Unisul*. 2022. Tese (Mestrado em Administração) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2022. p. 25.

²⁹ GRIEBELER, J.S., BRANDLI, L.L., SALVIA, A.L., LEAL FILHO, W. and REGINATTO, G. Sustainable development goals: a framework for deploying indicators for higher education institutions. *International Journal of Sustainability in Higher Education*, v. 23, n. 4, 2022, p. 887-914.

³⁰ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2022. *Agenda ASG e o Mercado de Capitais: uma análise das iniciativas em andamento, desafios e oportunidades para futuras reflexões da CVM*. Disponível em <https://www.gov.br/cvm/ptbr/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/a-agenda-asg-e-o-mercado-de-capitais.pdf>. Acesso em 13 nov. 2022. p. 12

elaboração de relatórios de sustentabilidade, que possa ser usada por organizações de todos os tamanhos, setores e localidades”³¹.

A qualificação de um ponto como relevante para organização é chamada de materialidade. Segundo o autor Calabrese *et al*³², a finalidade da avaliação de materialidade, no que se refere à sustentabilidade, é identificar, selecionar e priorizar os assuntos que têm maior relevância para as empresas e seus investidores. Para realizar referida análise uma organização deve buscar reunir as diversas percepções sobre questões econômicas, ambientais e sociais, que servem não apenas para nortear o que deve ser relatado, mas também como a organização deve agir face às questões que permeiam o desenvolvimento sustentável³³.

Nesse ponto, organizações poderão comunicar ou informar em seu relatório de sustentabilidade acerca do progresso em direção a uma métrica do tópico ESG, sendo essa comunicação dada por meio de indicadores³⁴. Os indicadores permitem uma análise integrada da sustentabilidade, de tal modo que é possível avaliar resultados por meio das metas definidas pelas organizações em relatórios de sustentabilidade³⁵.

Os passos importantes para avaliar a matriz materialidade são:

1. Identificar temas – via engajamento com stakeholders internos e externos, um benchmarking de sustentabilidade, e uma análise de mídia, se consegue identificar todos os temas que potencialmente tem um impacto no negócio.
2. Avaliar o impacto no negócio – analisando como cada tema ajuda a ex. reduzir custos, aumentar participação no mercado ou

³¹ GLOBAL REPORTING INITIATIVE: *Diretrizes para Relatórios de Sustentabilidade*. Instituto Ehtos, 2006. Disponível em: http://www.casoi.com.br/hjr/pdfs/gri_port.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022. p. 3.

³² CALABRESE, A.; COSTA, R.; LEVIALDI, N.; MENICHINI, T. A fuzzy analytic hierarchy process method to support materiality assessment in sustainability reporting. *Journal of Cleaner Production*, v. 121, p. 248-264, 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S095965261501817X>. Acesso em 10 dez. 2022.

³³ VIEIRA, Igor laguna; SILVA, Elmo Rodrigues da; JUNIOR, Luis Carlos de Martini. A materialidade nos relatórios de sustentabilidade: revisão da literatura. *Natural Resources*, v. 11, n. 3, p. 112-122, 2021. Disponível em: <http://sustenere.co/index.php/naturalresources/article/view/5936>. Acesso em 10 dez. 2022.

³⁴ HAMMOND, A., et al. *Environmental indicators: a systematic approach to measuring and reporting on environmental policy performance in the context of sustainable development*. Washington, D.C.: World Resources Institute, 1995.

³⁵ MALHEIROS, Tadeu F.; PHILIPPI JR, Arlindo; COUTINHO, Sonia M. V. Agenda 21 Nacional e Indicadores de Desenvolvimento Sustentável: contexto brasileiro. *Saúde e Sociedade*, v. 17, n. 1, p. 7-20, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/3LH377kMN38MwKxP9JpPBnn/?lang=pt>. Acesso em 13 nov. 2022.

criar um poder de precificação, a metodologia permite determinar a relevância de cada tema para o negócio da empresa.

3. Avaliar a percepção de stakeholders – pesquisas e conversas com stakeholders externos permitem entender quais temas são os mais relevantes para stakeholders importantes como clientes, ou para a maioria de stakeholders em geral. 4. As avaliações permitem a montagem de uma matriz “impacto no negócio” x “importância para stakeholders” onde temas que tem alta relevância tanto para stakeholders externos quanto para a empresa são priorizados.³⁶

O resultado da matriz de materialidade irá trazer auxílio a empresa a garantir coerência na priorização de ações e no direcionamento de investimento e energia para os temas de maior prioridade. Além disso, matriz de materialidade irá ajudar as empresas a comprovarem se efetivamente estão implementando o tema ESG. Se observa que são necessárias ações concretas, por um certo de período de tempo, ou seja, uma ação isolada não representa uma observância dos aspectos que integram cada uma das letras do tema ESG.

Considerações Finais

O tema ambiental, social e corporativo vem ao longo dos últimos tempos obtendo mais relevância e reconhecimento no seio acadêmico e comercial. Estudos revelam impactos positivos em empresas que se utilizam dos pilares do ESG, indicando um quadro de fatores positivos para os negócios. Por exemplo, foi identificada relação positiva entre o desempenho da empresa, no cumprimento do seu objetivo básico e no retorno financeiro. O uso dos pilares do ESG poderá direta ou indiretamente trazer benefícios às organizações.

Nesse ponto, o uso das métricas para avaliação se demonstra como uma ferramenta essencial para aferição do quão sustentável uma empresa poderá ser. Os critérios avaliativos do ESG vão garantir coerência na priorização de ações e no direcionamento de investimento e energia para os assuntos de maior relevância para a empresa, além de fiscalizar se efetivamente as empresas estão implementando os princípios do ESG.

³⁶ SPITZECK, Heiko Hosomi; ÁRABE, Mônica Poggiali; PEREIRA, Nathália Cristina Vieira Barreto Rodrigues.

Guia How-to. Matriz de Materialidade, 2016. Disponível em: <https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/relatorio-de-pesquisa-33660>. Acesso em 02 dez. 2022. p. 2.

É verdade que ainda existem organizações que permanecem obsoletas e se fecham face às inovações e a própria globalização do mundo como um todo, seja por sentimento de inutilidade no investimento em práticas relacionadas ao ESG, ou pela ganância financeira, em que pese haver estudos já indicando retornos financeiros efetivos. Todavia, a nova era da tecnologia está emanando a tomada de novas decisões, pautadas em aspectos ambientais, sociais e de governança, visando a prática de ações sustentáveis. Tanto o consumidor final, que está ficando cada vez mais exigente, quanto o próprio planeta, irão agradecer na mudança das práticas corporativas das grandes empresas. É uma via de mão dupla com benefícios para todos.

Assim, é possível concluir que as métricas de avaliação do ESG são ferramentas balizadoras para compreender as implicações de sustentabilidade de uma empresa, visando aferir retornos concretos da empresa. O uso delas pode significar uma maior transparência e objetividade em geral das ações sustentáveis das organizações que praticam o acrônimo, o que poderá movimentar a promoção de novas ações e priorizar condutas de maior relevância para a empresa.

Referências

ABOUD, A., & DIAB, A. The impact of social, environmental and corporate governance disclosures on firm value: Evidence from Egypt. *Journal of Accounting in Emerging Economies*, v. 8, 2018, p. 442-458.

ARAÚJO, R.A.M.; CORREIA, T.S.; CÂMARA, R.P.B. Influence of Environmental Innovation on Corporate Sustainability in Latin American Companies. *Organizações & Sociedade*. 2022, v. 29, n. 101, p. 297-322. Disponível em: https://www.scielo.br/j/osoc/a/sq75rBkqM4BV3mZTv_NJz9Yx/abstract/?lang=pt#. Acesso em 19 nov. 2022. p. 321

ARBEX, N. ESG: conectando negócios com toda a sociedade. In NASCIMENTO, Juliana Oliveira. *ESG: o cisne verde e o capitalismo de Stakeholder: a tríade regenerativa do futuro global*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021,

ARMSTRONG, A. Ethics and ESG. *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, v. 14, n. 3, 2020, p. 6-17. doi:10.14453/aabfj.v14i3.2

Engelmann, Wilson; Wagner, Lucas. Environmental, Social and Governance: implicações da sustentabilidade nos negócios

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 274-291. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

CAETANO, R. Está faltando “S” no ESG, segundo Marisa Drew, presidente do departamento de investimento de impacto do Banco Credit Suisse. *Revista Exame*, edição 1227, ano 55, n. 3, março de 2021, p. 22-26.

CALABRESE, A.; COSTA, R.; LEVIALDI, N.; MENICHINI, T. A fuzzy analytic hierarchy process method to support materiality assessment in sustainability reporting. *Journal of Cleaner Production*, v.121, p.248-264, 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S095965261501817X>. Acesso em 10 dez. 2022.

CARRILLO, J. *Ética y Empresa: ¿Son compatibles la ética y la gestión empresarial en la economía de mercado?* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2022. *Agenda ASG e o Mercado de Capitais: uma análise das iniciativas em andamento, desafios e oportunidades para futuras reflexões da CVM*. Disponível em <https://www.gov.br/cvm/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos/aagenda-asg-e-o-mercado-de-capitais.pdf>. Acesso em 13 nov. 2022.

ENGELMANN, W. O tema ESG e o agronegócio: desafios e oportunidades. In VIEIRA, Luciane Klein; FRAINER, Victória Maria (Org.). *A implementação das diretrizes das Nações Unidas de proteção ao consumidor em matéria de consumo sustentável, no Direito brasileiro*. São Leopoldo: Casa Leiria, 2022, p. 147-164.

FINATTO, C.P.. *As práticas de responsabilidade social corporativa no consórcio Qualemr: uma análise alinhada com os objetivos do desenvolvimento sustentável e o ESG na Unisul*. 2022. Tese (Mestrado em Administração) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2022.

FREEMAN, R.E.. *Strategic Management: a stakeholder approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

GLOBAL REPORTING INITIATIVE. *Diretrizes para Relatórios de Sustentabilidade*. Instituto Ehtos, 2006. Disponível em: http://www.casoi.com.br/hjr/pdfs/gri_port.pdf. Acesso em: 10 dez. 2022.

GOI JR, L.O. Quer falar de ESG? Esqueça o ambiental, social e governança (ao menos no começo). *Revista Latino-americana de Governança*, v. 3, n. 1, p. e035-e035, 2023.

Engelmann, Wilson; Wagner, Lucas. Environmental, Social and Governance: implicações da sustentabilidade nos negócios

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 274-291. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

GOOGLE Trends. [S. l., 2022]. Disponível em: <https://trends.google.com.br/trends/?geo=BR>. Acesso em 18 Nov. 2022.

GRIEBELER, J.S., BRANDLI, L.L., SALVIA, A.L., LEAL FILHO, W. and REGINATTO, G. Sustainable development goals: a framework for deploying indicators for higher education institutions. *International Journal of Sustainability in Higher Education*, v. 23, n. 4, 2022.

GUERRA FILHO, W.S; TURQUETI, D.M.C.; LIMA, Marcus Vinicius Rodrigues. A responsabilidade pelo enfrentamento de demandas sociais: a assimilação empresarial do conceito e a nova onda ESG. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 63, p. 663 - 683, ago. 2021. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5348>. Acesso em: 13 nov. 2022. doi: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v1i63.5348>.

HAMMOND, A., et al. *Environmental indicators: a systematic approach to measuring and reporting on environmental policy performance in the context of sustainable development*. Washington, D.C.: World Resources Institute, 1995.

IFC SUSTAINABILITY FRAMEWORK. International Finance Corporation, World Bank Group. Disponível em: https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/sustainability-at-ifc/policies-standards/sustainability+framework. Acesso em 03 dez. 2022.

LIMA, M; KASTNER, T. A mão invisível do ESG. *Revista Você S/A*, n. 272, janeiro de 2021, p. 36-45.

MACKEY, A; MACKEY, T B.; BARNEY, J.B. Corporate social responsibility and firm performance: Investor preferences and corporate strategies. *Academy of Management Review*, ed. 32, p. 817-835, 2007. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/20159337>. Acesso em 13 nov. 2022.

MALHEIROS, T.F.; PHILIPPI JR, A.; COUTINHO, S.M.V. Agenda 21 Nacional e Indicadores de Desenvolvimento Sustentável: contexto brasileiro. *Saúde e Sociedade*, v. 17, n. 1, p. 7-20, 2008. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/3LH377kMN38MwKxP9JpPBnn/?lang=pt>. Acesso em 13 nov. 2022.

Engelmann, Wilson; Wagner, Lucas. Environmental, Social and Governance: implicações da sustentabilidade nos negócios

Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 274-291. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

MISHRA, S. ESG M. Harvard Law School Forum on Corporate Governance: *Harvard Law School*. Disponível em: <https://corpgov.law.harvard.edu/2020/01/14/esg-matters>. Acesso em 19 nov. 2022.

ONU - Organização das Nações Unidas. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 10 de julho de 2022.

RUGGIE, J.G. *Quando negócios não são apenas negócios*: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta sustentável, 2014. Documento disponível para Kindle.

SANTOS, M.K. dos. *Estratégia de implementação das práticas ESG em uma empresa prestadora de serviços de gestão e tecnologia*. 2022. Tese (Graduação em Engenharia de Produção) – Escola de Engenharia, Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2022. p. 29.

SERAFEIM, G. Public Sentiment and the Price of Corporate Sustainability. Harvard Business School, *Financial Analysts Journal*, 2018.

SILVA, S.R.; GOMES, A.S. Sustentabilidade e o efeito bolsa de neve. Dossiê ESG: veja, escute, fale e lidere. *HSM Management*, edição 143, novembro-dezembro 2020, p. 36-43.

SPLITZECK, H.H.; ÁRABE, M.P.; PEREIRA, N.C.V.B.R. *Guia How-to*. Matriz de Materialidade, 2016. Disponível em: <https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/relatorio-de-pesquisa33660>. Acesso em 02 dez. 2022.

THE GLOBAL COMPACT. *Who Cares Wins*: connecting financial markets to a changing World? Disponível em:

<https://documents1.worldbank.org/curated/en/280911488968799581/pdf/113237-WP-WhoCaresWins-2004.pdf>. Acesso em 25 nov. 2022.

TUCCI, Amanda. Em nome do futuro da Terra. *Revista Forbes Brasil*, ano VIII, n. 83, 2020.

VIANA, L.; GAIO, L.; BELLI, M.; CUNHA, C. Investimento em Sustentabilidade e o impacto mercadológico: uma avaliação a partir do score ESG. *Desafio online*, v. 10, p. 77-100. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/deson/article/view/12320>. Acesso em: 19 nov. 2022.

VIEIRA, I.L.; SILVA, E.R.; JUNIOR, L.C.M. A materialidade nos relatórios de sustentabilidade: revisão da literatura. *Natural Resources*, v. 11, n. 3, p. 112-122, 2021.

Engelmann, Wilson; Wagner, Lucas. Environmental, Social and Governance: implicações da sustentabilidade nos negócios
Revista Ibérica do Direito, vol. 4, nº 1 (2023). p. 274-291. Porto: IberoJur Science Press, 2023.

Disponível em: <http://sustenere.co/index.php/naturalresources/article/view/5936>. Acesso em 10 dez. 2022.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Measuring Stakeholder Capitalism: Towards Common Metrics and*

Consistent Reporting of Sustainable Value. Disponível em:

<https://www.weforum.org/reports/measuring-stakeholder-capitalism-towards-common-metrics-and-consistent-reporting-of-sustainable-value-creation>. Acesso em: 30 nov. 2022.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Global Risks Report 2021*. 16th Edition. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_The_Global_Risks_Report_2021.pdf. Acesso em 30 nov. 2022.

YOSHIDA, C.Y.M.; VIANNA, M.B.D.V; KISHI, S.A.S. *Finanças sustentáveis* [livro eletrônico]: ESG, Compliance, gestão de riscos e ODS. Belo Horizonte: Abrampa, 2021. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/regiao3/atos-e-publicacoes/publicacoes/e-book-financas-sustentaveisesg-compliance-gestao-de-riscos-e-ods-1>. Acesso em 13 nov. 2022.