

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 27 n. 2, jul. 2023

MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA



REITOR

Prof. Dr^a. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR

Prof. Dr. Airton José Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitora: Prof^a. Dr^a. Silvia Márcia Ferreira Meletti

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Mariana Aparecida Bologna Soares de Andrade

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Dr. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. Ms. Adiloar Franco Zemuner

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Miguel Belinati Piccirillo

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Dr. Clodomiro José Bannwart Júnior

Vice-Coordenador: Prof.^a Dra. Patricia Ayub da Costa

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL / Departamento de Direito Público e Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. – Vol. 1, N. 1 (Jul./Dez. 1997) -
- Londrina : Ed. da UEL, 1997- .
v. ; 22 cm

Periodicidade quadrimestral a partir de 2016.
Descrição baseada em: Vol. 27, N. 2 (jul. 2023).
ISSN 2178-8189

I. Direito – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Privado.

34(05)

Ficha Catalográfica elaborada por Ilza Almeida de Andrade CRB 9/882

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em / Indexed in: Base de Dados RVBI (Senado Federal) - DOAJ (Directory of Open Access Journals) - LATINDEX - vLex (Espanha) - SHERPA RoMEO (Inglaterra) - Portal de Periódicos CAPES (Brasil) - WorldCat (EUA) - EZB (Alemanha) - TULIPS-LinKer (Japão) - Scirus (Holanda) - Aladin (EUA) - NewJour (EUA) - VUBIS (Bélgica) - CCN - BASE (Alemanha) - LivRe (Brasil) - RCAAP (Portugal).

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 27, n. 2, jul. 2023

MESTRADO E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL DA UEL
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA

SCIENTIA IURIS

ISSN 2178-8189 (eletrônico)

COMISSÃO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Editora Chefe

Tânia Lobo Muniz

Editora Associada

Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi

Conselho Editorial:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC) Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ) Hilda Eleonora Vallet (Universidad de Buenos Aires/ Argentina) Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP) Jenifer Valeria Alfaro Borges (Universidad de la República) José Laurindo de Souza Netto (Universidade Paranaense) Jussara Suzi Assis Borges Nassar Ferreira (Universidade de Marília/SP) Luis María Chamorro Coronado (Universidad Rey Juan Carlos / Espanha) Luiz Otávio Pimentel (Universidade Federal de Santa Catarina/SC) Priscila Machado Martins (Universidad Central de Chile/Chile) Sérgio Alves Gomes (Universidade Estadual de Londrina/PR)

Assessoria Técnica:

Ana Henriqueta Volta Pires, Germano Matheus Codognotto da Cunha, Mylena de Souza Santos, Pedro Alberto Alves Maciel Filho

PARECERISTAS AD HOC

DR. ALBINO GABRIEL TURBAY JUNIOR
(UNIPAR/PR)

DRA. ALESSANDRA CRISTINA FURLAN
(UENP/PR)

DR. CRISTIANO GOMES DE BRITO (UFU/MG)

DR. DEILTON RIBEIRO BRASIL (FUIT/MG)

DR. ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR (FUIT/
MG)

DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR/RR)

DR. ENRIQUE DUARTE ROMERO (UFGD/MS)

DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA (FMU/SP)

DR. JAIR APARECIDO CARDOSO (USP/SP)

DR. MARLON TOMAZZETE (CEUB/DF)
DR. MARCOS VINÍCIUS TORRES PEREIRA
(UFRJ/RJ)

DRA. MARGARETH VETIS ZAGANELLI
(UFES/ES)

DRA. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO
(UNIMAR/SP)

DR. MAURIN ALMEIDA FALCÃO (FGV/DF)

DR. ROGÉRIO MONTAI DE LIMA (UNIR/RO)

DR. RAFAEL AUGUSTO SILVA DOMINGUES

DR. YDUAN DE OLIVEIRA MAY (UNESC/SC)

DR. WILIAM SANTOS FERREIRA (PUC/SP)

Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial

Universidade Estadual de Londrina/ Centro de Estudos Sociais Aplicados – CESA

Campus Universidade – CEP 86051-990 – Londrina – Paraná – Brasil

Fone/Fax: (43) 3371-4693 – E-mail: mestrados@uel.br

Home page: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/index>

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL	8
A GOVERNANÇA CORPORATIVA NO ÂMBITO DO PACTO GLOBAL EMPRESARIAL DE DIREITOS HUMANOS	10
CORPORATE GOVERNANCE IN THE FRAMEWORK OF THE GLOBAL BUSINESS PACT ON HUMAN RIGHTS	
<i>Tatiana de Almeida Campos e Marcelo Benacchio</i>	
VGBL – VIDA GERADORA DE BENEFÍCIOS LIVRES: O SEGURO INSEGURO	30
VGBL - LIFE GENERATING FREE BENEFITS: THE INSECURED INSURANCE	
<i>Jussara Borges Ferreira e Eduardo Maffei</i>	
COMPLIANCE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR	54
COMPLIANCE IN E-COMMERCE AND THE PROTECTION OF CONSUMER'S LEGITIMATE EXPECTATION	
<i>Diego Bianchi de Oliveira e Elias Marques de Medeiros Neto</i>	
LIBERDADE ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NAS RESTRIÇÕES AMBIENTAIS DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE	71
ECONOMIC FREEDOM AND THE SOCIAL FUNCTION OF COMPANY ON ENVIRONMENTAL RESTRICTIONS OF PERMMANENT PRESERVATION AREAS	
<i>Eloy Pereira Lemos Junior e José Augusto Dutra Bueno</i>	
LGPD E COMPLIANCE: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO	91
LGPD AND COMPLIANCE: THE EFFECTIVENESS OF PERSONALITY RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONS	
<i>Leda Maria Messias da Silva e Nadine Girardi Alves</i>	
O DIREITO DE VOTO EM SEPARADO PARA O CONSELHO FISCAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA	112
EXERCISING VOTING RIGHTS IN THE SEPARATE ELECTION OF A MEMBER OF THE AUDIT COMMITTEE OF A CLOSED JOINT STOCK COMPANY	
<i>Cristiano Gomes de Brito</i>	
NATUREZA JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E ARGENTINA COM OS PAÍSES DA PENÍNSULA IBÉRICA	130
LEGAL NATURE OF CRYPTOCURRENCIES: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN BRAZIL AND ARGENTINA WITH THE COUNTRIES OF THE IBERIAN PENINSULA	
<i>Joelma Cordeiro Candido e Enrique Duarte Romero</i>	
A FRUIÇÃO ANTECIPADA DE BENS PELO HERDEIRO DURANTE O INVENTÁRIO JUDICIAL: PONTOS CONTROVERTIDOS DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 647 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	151
THE ANTICIPATED USUFRUCT OF PROPERTY BY THE HEIR DURING THE JUDICIAL INVENTORY: CONTROVERSIAL POINTS OF THE PARAGRAPH OF ARTICLE 647 OF THE CIVIL PROCEDURE CODE	
<i>Gilberto Fachetti Silvestre e Eduardo Figueiredo Simões</i>	

REVISÃO CONTRATUAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA: ANÁLISE DA SIMBOLOGIA DA LEGISLAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TJERJ170
CONTRACTUAL REVIEW IN THE CONTEXT OF THE PANDEMIC: ANALYSIS OF THE SYMBOLOGY OF LEGISLATION IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF TJERJ

Carlos Nelson Konder

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS PARA CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA187
ALTERNATIVE SOLUTIONS FOR URBAN LAND CONFLICTS AS A WAY TO REALIZE THE SOCIAL RIGHT TO HOUSING

Erica Pinheiro de Albuquerque Leal e Sandoval Alves da Silva

INSTRUÇÕES AOS AUTORES.....209

EDITORIAL

Prezado Leitor, seja bem-vindo!

A Revista *Scientia Iuris*, periódico vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, com enorme satisfação apresenta o Número 2 de seu 27º Volume de Edição, divulgando-o com toda comunidade acadêmica e jurídica nacional e internacional e demais interessados no estudo dos temas vinculados à nossa linha editorial.

Nossa revista enquadra-se no estrato B1 da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) e tem por escopo a publicação de trabalhos científicos que guardem afinidade com o Direito Negocial e temas atuais, relacionados às suas linhas de pesquisa.

Com o apoio de nosso corpo editorial, sempre comprometido com os padrões de qualidade do periódico, reiteramos o compromisso com a periodicidade quadrimestral, a seriedade da avaliação às cegas, o respeito às normas estabelecidas pelo *Qualis* CAPES, que continuam sendo rigorosamente cumpridas, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

A Segunda Edição deste Volume 27 conta com dez artigos, que versam sobre múltiplas áreas do direito: a) A governança corporativa no âmbito do pacto global empresarial de direitos humanos, de Tatiana de Almeida Campos e Marcelo Benacchio; b) VGBL – Vida Geradora de Benefícios Livres: o seguro inseguro, de Jussara Borges Ferreira e Eduardo Maffei; c) *Compliance* no comércio eletrônico e a proteção da legítima expectativa do consumidor, de Diego Bianchi de Oliveira e Elias Marques de Medeiros Neto; d) Liberdade econômica e a função social da empresa nas restrições ambientais das áreas de preservação permanente, de Eloy Pereira Lemos Junior e José Augusto Dutra Bueno; e) LGPD e *compliance*: a efetivação dos direitos da personalidade nas relações de emprego, de Leda Maria Messias da Silva e Nadine Girardi Alves; f) O direito de voto em separado para o Conselho Fiscal da sociedade anônima fechada, de Cristiano Gomes de Brito; g) Natureza jurídica das criptomoedas: um estudo comparado entre Brasil e Argentina com os países da Península Ibérica, de Joelma Cordeiro Candido e Enrique Duarte Romero; h) A fruição antecipada de bens pelo herdeiro durante o

inventário judicial: pontos controvertidos do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil, de Gilberto Fachetti Silvestre e Eduardo Figueiredo Simões; i) Revisão contratual no contexto da pandemia: análise da simbologia da legislação à luz da jurisprudência do TJERJ, de Carlos Nelson Konder, e; j) Soluções alternativas para conflitos fundiários urbanos como forma de concretização do direito social à moradia, de Erica Pinheiro de Albuquerque Leal e Sandoval Alves da Silva.

Nesta segunda edição do ano de 2023, a Revista Scientia Iuris tem a honra de publicar mais uma série de trabalhos inéditos, que contemplam estudos interdisciplinares sobre as muitas repercussões do Direito Negocial nas esferas da vida humana, cujos efeitos e consequências jurídicas perpassam análises meramente literárias, conclamando posicionamentos que deem efetividade à expectativa da própria realização de justiça.

Com a difusão dos assuntos tratados, de alta gama de relevância para o cenário jurídico contemporâneo, espera-se contribuir com o conhecimento de nossos leitores, a fim de que os trabalhos desenvolvidos possam ser propagados cada vez mais, levantando questionamentos e discussões, a fim de auxiliar o desenvolvimento da ciência jurídica.

Além da difusão do conhecimento, desejamos ainda a renovação da esperança em tempos melhores. Por fim, ciente que um periódico não se faz sem o constante empenho de seus colaboradores, agradecemos a todos que contribuíram com esse resultado, em especial aos nossos Autores, Avaliadores, Leitores e Assessoria Técnica. Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Comissão Editorial

A GOVERNANÇA CORPORATIVA NO ÂMBITO DO PACTO GLOBAL EMPRESARIAL DE DIREITOS HUMANOS

CORPORATE GOVERNANCE IN THE FRAMEWORK OF THE GLOBAL BUSINESS PACT ON HUMAN RIGHTS

Tatiana de Almeida Campos*
Marcelo Benacchio**

*Mestranda em Direito (Universidade Nove de Julho – UNINOVE/SP).
Pesquisadora bolsista PROSUP/CAPES.
Especialista em Direito Processual Civil (Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – FDSBC/SP).
Graduada em Direito (Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – FDSBC/SP).
E-mail: tatic_almeida@yahoo.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4233-272X>

**Doutor em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP).
Mestre em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP).
Graduação em Direito (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP).
E-mail: benamarcelo@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7789-8256>

Como citar: CAMPOS, Tatiana de Almeida; BENACCHIO, Marcelo. A governança corporativa no âmbito do pacto global empresarial de direitos humanos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 10-29, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p10-29. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente estudo tratará da Governança Corporativa – terceiro eixo do ESG, sigla que promete revolucionar o mundo dos negócios – demonstrando sua importância no que tange às questões de direitos humanos no âmbito do Pacto Global. A governança corporativa tem papel essencial não só na reputação da organização, garantindo regularidade ética interna, mas também externa, com negócios conscientes e mitigador de riscos sociais negativos. Desta forma, este artigo trará o conceito e as características da governança corporativa, sua importância no alcance das metas globais da Organização das Nações Unidas, e uma breve demonstração da análise de risco e das violações diretas e indiretas de direitos humanos. Concluindo que a ética empresarial e o cuidado para com os Direitos Humanos não é mais uma escolha, e sim uma requisição existencial. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo com análise documental e bibliográfica.

Palavras-chave: governança corporativa; pacto global; ONU; princípios Ruggie; violações de direitos humanos.

Abstract: This study will deal with Corporate Governance – the third axis of ESG, an acronym that promises to revolutionize the business world – demonstrating its importance about human rights issues within the scope of the Global Compact. Corporate governance plays an essential role not only in the organization’s reputation, ensuring internal ethical regularity, but also externally, with conscious business and mitigating negative social risks. Thus, this article will bring the concept and characteristics of corporate

governance, its importance in achieving the global goals of the United Nations, and a brief demonstration of risk analysis and direct and indirect violations of human rights. Concluding that business ethics and care for Human Rights is no longer a choice, but an existential requirement. For that, the hypothetical-deductive method was used with documental and bibliographic analysis.

Keywords: governance; global compact; ONU; ruggie principles; human rights violations.

INTRODUÇÃO

Diante do grande número de mortes em decorrência da pandemia do Covid-19, devemos repensar nosso *modus vivendi*, assim como o *modus operandi* das empresas e economias globais, reconhecendo nossa finitude, e a finitude dos recursos naturais, buscando cooperação – imprescindível – para o bem de todos.

A cooperação ficou ainda mais clara com a crise sanitária global, afinal, todos devemos seguir as recomendações de higiene e distanciamento social.

Por conta da pandemia houve recuo em várias questões. A fome, que vinha sendo reduzida consideravelmente nos últimos 20 anos, aumentou. A extrema pobreza, também em decorrência da pandemia, passou a ser realidade em muitas famílias.

As empresas, por sua vez, experimentaram o dissabor não só de uma crise sanitária, mas econômica mundial – quantas perdas contratuais e econômicas não tiveram.

A pergunta central do presente artigo é: Qual a importância da Governança Corporativa das empresas transnacionais no Pacto Global na concretização e respeito dos Direitos Humanos?

O presente ensaio tem por objetivo suscitar reflexões acerca do papel da governança corporativa e de suas funções numa possível construção ética da empresa transnacional para evitar violações de Direitos Humanos.

Desta forma, o artigo conterà cinco partes, sendo que, na primeira delas serão trazidos conceitos e as principais funções da governança corporativa, aliadas à filosofia humanista do Direito Econômico – o Capitalismo Humanista.

Na segunda parte serão abordados o Pacto Global e a importância do alinhamento da empresa transnacional com as questões relacionadas a ele, mencionando os princípios básicos que regem a atividade corporativa e as boas práticas de governança empresarial.

A terceira parte tratará de modo resumido sobre análise de risco pela empresa transnacional, para no quarto tópico trazer algumas considerações sobre violações diretas e indiretas aos direitos humanos que devem ser ponderados e evitados pela governança corporativa.

No último tópico, as considerações finais vislumbraram que a governança corporativa precisa estar constantemente em *due diligence*, buscando alinhar suas práticas e contratações com vistas a minimizar danos e maximizar sua contribuição social, haja vista as empresas transnacionais possuírem instrumentos e poder transformador.

1 A GOVERNANÇA CORPORATIVA

A governança corporativa, terceira letra da sigla que tem ganhado destaque nos últimos tempos – ESG (*environmental, social and governance*)¹, é o arranjo pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e impulsionadas, envolvendo desde os sócios, conselhos (de administração

1 Em português ASG – Ambiental, Social e Governança.

e fiscal), diretoria, controle e *stakeholders*².

“Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital [...]” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2002, p. 1).

Entre otimizar o desempenho e proteger a todos, é possível vislumbrar uma interligação da governança corporativa com questões éticas, sobretudo com a relevância da imagem que a empresa passa ou quer passar para os *stakeholders*.

Essa maior preocupação com a reputação da empresa, tem sido por vezes criticada, porém, há que se lembrar que a empresa busca o lucro, e as boas práticas podem (e devem) ser publicadas também para que o lucro seja alcançado, desde que haja efetividade e ganhos internos e externos, alcançando a sociedade civil em geral.

São as práticas da governança corporativa que comprovarão seu comprometimento ético e a efetividade de suas ações. Desta forma, a governança engloba ações voltadas para o contribuir na reputação da organização, garantindo: (i) benefícios internos de se trabalhar em regularidade ética; (ii) competitividade por ser reconhecida como empresa íntegra e confiável (SILVANO, 2019).

A cartilha da CVM supramencionada refere que a análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, especificamente, transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2002).

Em poucas palavras, a governança determina o nível e as formas de atuação, para aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso às fontes de capital e contribuir para a sua perenidade.

A governança corporativa se dá, então, com a adoção dos princípios da transparência das informações, da equidade de tratamento, da prestação de contas (*accountability*) e da responsabilidade social corporativa, contribuindo para a continuidade e o crescimento da empresa ao longo do tempo.

O fato é que, a governança corporativa que apresente contornos nitidamente éticos contribui para o que Newton De Lucca (2009, p. 369) chama de “moralização do mercado”.

Assim, honestidade, integridade, confiabilidade, independência, visão de longo prazo, senso de justiça e preocupação genuína com os impactos causados por suas atividades são fundamentais para o sucesso duradouro das organizações, conseqüentemente auferição de lucros³.

Contudo, não basta transmitir mais segurança a quem pretenda investir na empresa o seu capital, uma vez que, utilizando das palavras de John Ruggie (2014, *passim*) “negócios não são apenas negócios [...]”, e as boas práticas devem ter um olhar – senão os dois – para o “desenvolvimento includente, sustentável, sustentado”, como bem demonstra Ignacy Sachs (2008, p. 81).

² *Stakeholders* são todos os interessados e participantes do processo de governança, sendo, pois, além dos sócios, acionistas, auditores, conselho fiscal e de administração, os empregados, fornecedores, consumidores, agentes financeiros e comunidade em geral, ou seja, qualquer pessoa, entidade ou sistema que afeta ou é afetado pelas atividades de uma organização (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015, p. 12).

³ Sendo o lucro “espírito do capitalismo”, expressão cunhada por Max Weber (2004, *passim*).

Na compreensão do Capitalismo Humanista, proposta por Ricardo Sayeg e Wagner Balera (2019, p. 29-30), o liberalismo econômico excludente deve dar lugar ao “capitalismo inclusivo”, equilibrando mercado e direitos humanos, mediante o qual as empresas transnacionais participam do bem-estar físico, mental e social de todos.

Os autores trazem a fraternidade, princípio de terceira geração, para o Direito Econômico como filosofia de vida e econômica, colocando o ser humano e o planeta no centro de todas as relações para que possa ser garantido desenvolvimento humano e sustentabilidade para as próximas gerações.

Afirmam a indissociabilidade dos Direitos Humanos de todas as gerações, incluindo as liberdades negativas, quando mencionam:

Reconhecer a propriedade no plano subjetivo implica, necessariamente, sua respectiva relativização com vistas a que se concretizem os direitos humanos de primeira, segunda e terceira dimensões – mais as que ainda vierem a se revelar – adensadas entre si e tendo como meta a satisfação universal da dignidade da pessoa humana e planetária; implica o regime econômico capitalista de economia humanista de mercado, que calibra o direito subjetivo natural de propriedade e a decorrente livre iniciativa com a plenitude dos direitos inatos do homem todo e de todos os homens, em prol de todos e de tudo. Isso inclui, em sede de relações jurídicas privadas, o ângulo horizontal, pois devem ser resolvidos os desequilíbrios negativos das externalidades reciprocamente consideradas (SAYEG; BALERA, 2011, p. 213).

Decerto a preocupação com o outro e com nosso habitat, sobretudo por aqueles que tem poder econômico maior, como no caso das empresas transnacionais, aplicada à boa governança corporativa, trará não só melhora na reputação da empresa, mas aumento na inclusão social, diminuição da pobreza, melhores condições trabalhistas e ambientais.

2 IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA NO PACTO GLOBAL PARA A CONCRETIZAÇÃO E RESPEITO DOS DIREITOS HUMANOS

Na perspectiva humanista, buscando conciliar a força do mercado aos ideais de direitos humanos, foi lançado nos anos 2000, pela Organização das Nações Unidas – ONU – o Pacto Global (2015). Sendo uma chamada para as empresas alinharem suas estratégias e operações a 10 princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção, e desenvolverem atuações para combater os desafios enfrentados pela sociedade.

Segundo Carlo Linkevicius Pereira, diretor do Pacto Global no Brasil, “[...] já não basta cuidar de si própria, mas também das empresas com as quais há algum tipo de relacionamento”, além de trazer a população para perto e entender seus anseios e necessidades. “Uma das missões do Pacto Global é mostrar às empresas que elas têm o papel de discutir e combater a desigualdade

[...]” (DIRETOR..., 2021).

Não obstante, Zubizarreta, González e Ramiro reforçam o papel social da empresa citando que “[...] apesar de sua responsabilidade na crise civilizatória em que vivemos, as empresas transnacionais continuam a ser o motor fundamental para o desenvolvimento e a luta contra a pobreza”⁴ (ZUBIZARRETA; GONZÁLEZ; RAMIRO, 2019, tradução nossa).

É exatamente o traçado por Ricardo Sayeg e Wagner Balera (2011, p. 182) no que tange ao capitalismo humanista, quando mencionam que a economia de mercado deve evolucionar, “[...] ser temperada pela preponderância da concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, para atingir a satisfação da dignidade humana planetária.”

Visando os direitos humanos, o Pacto Global é uma iniciativa voluntária de cidadania e ética empresarial, e não um instrumento regulador – não fiscaliza, nem gera obrigações de comportamento ou de ações das empresas. Por isso, é fruto de muitas críticas e pessimismos.

Juliana Cardoso Benedetti (2018, p. 19) enfatiza que ao pôr em prática o ‘liberalismo enraizado’, “Ruggie deixou de levar em conta o pleito da sociedade civil pela elaboração de um instrumento de caráter vinculante com supervisão internacional, reivindicação motivada pela fragilidade dos instrumentos baseados na adesão voluntária [...]”, na autorregulação e autofiscalização.

A adoção do Pacto foi motivada por três fatores: primeiro pela necessidade de resgatar a experiência frustrada da Comissão das Nações Unidas sobre Corporações Transnacionais; segundo por conta da preocupação com a crescente pobreza mundial e as violações de direitos humanos ocorridas nos anos noventa por conta das políticas neoliberais; e terceiro, para fazer frente à crise financeira enfrentada pela ONU e a necessidade de diversificar suas fontes de financiamento, por meio do estabelecimento entre a organização e o mundo corporativo (ARAGÃO, 2010).

Sendo assim, o Pacto confia no interesse próprio e esclarecido das empresas, veio, então, com o propósito de promover uma cultura de boas práticas de governança corporativa mundial, com foco nos Direitos Humanos.

O referido não é uma certificação para as empresas aderentes, é um compromisso, e apesar de ser considerado *soft law*, a empresa aderente estabelece um vínculo jurídico obrigacional para com a comunidade global.

Por *soft law* entende ser os “documentos derivados e extraídos de foros internacionais e constituídos a partir deles, que possuem caráter declaratório, sem obrigatoriedade [...]” (MENEZES, 2005, p. 142) e vinculação, todavia, na prática legislativa influenciam os Estados, vez que compõem direções éticas a serem seguidas.

Para as normas jurídicas tidas por *soft law* carece apenas a chamada garantia normativa, pois não estão acompanhadas de mecanismos jurídicos coercitivos capazes de afiançar seu cumprimento (OLSEN; PAMPLONA, 2019, p. 138).

De outra banda, Cançado Trindade, quando apresenta a obra de Flávia Piovesan, assinala

4 “a pesar de su responsabilidad em la crisis civilizatória que vivimos, las transnacionales continúan presentándose como el motor fundamental para el desarrollo y la lucha contra la pobreza.”

a formação do novo Direito dos Direitos Humanos, em que insurge diante da necessidade de “[...] proteção do ser humano, com maior força ante a atual diversificação das fontes de violações de seus direitos.” (PIOVESAN, 2021, p. 75). Arremata Trindade mencionando que “[...] o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ‘reforçar a imperatividade’ dos direitos constitucionalmente garantidos ou, ainda, ampliar o elenco destes últimos.” (PIOVESAN, 2021, p. 80).

Nessa entoada, como leciona Flávia Piovesan, em se tratando de Direitos Humanos não há que se falar em voluntariedade, sobretudo por parte dos Estados, que contraíram obrigações jurídicas no plano internacional, devendo, pois, conferir plena observância ao tratado de que é parte (PIOVESAN, 2021, p. 127).

Em se tratando da atuação da empresa transnacional, ainda com amparo nos ensinamentos de Piovesan, na temática empresas e direitos humanos “[...] deve ser tida como atividade obrigatória e não na perspectiva de ações sociais e de filantropia” (PIOVESAN; GONZAGA, 2018, p. 99).

Pretendendo dar maior eficácia à responsabilidade social empresarial, e conseqüentemente ao Pacto Global, em 2011, por meio de estudos pautados nos três pilares da ONU (proteger, respeitar e remediar)⁵, foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas⁶ trinta e um Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, também conhecidos como Princípios Ruggie⁷, para pôr em prática os três eixos supramencionados.

A adoção dos princípios orientadores significou a nível internacional a conclusão de um longo período de debates e tentativas frustradas de estabelecer uma ordem ou um mecanismo para servir de guia ou instruções sobre o comportamento que as empresas devem ter no campo dos direitos humanos, além de ajudar a definir diretrizes da responsabilidade social corporativa.

O respaldo unânime dos Princípios Orientadores pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU contribuiu para consolidar sua autoridade normativa internacional para prevenir e remediar os efeitos adversos das atividades empresariais sobre os direitos humanos. Também contribuiu para esclarecer o alcance da responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos e sua interação com a obrigação do Estado de proteger esses direitos⁸ (CARRASCO; TESÓN, 2017, p. 28).

Constata-se que os princípios orientadores das Nações Unidas foram adotados para

⁵ No sentido de que: “Os Estados devem proteger; as companhias devem respeitar; e aqueles que foram prejudicados devem ser indenizados.” (RUGGIE, 2014, p. 165).

⁶ Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. Resolução 17/4 de 16 de junho de 2011. O Representante Especial anexou os Princípios Orientadores a seu relatório final para o Conselho de Direitos Humanos (A/HRC/17/31), que também inclui uma introdução aos Princípios Orientadores e uma visão geral do processo que levou a seu desenvolvimento. (BRASIL, 2019).

⁷ Princípios desenhados a partir de normas de direitos humanos pré-existentes, sobretudo na Declaração Universal dos Direitos Humanos. São 31 princípios que trazem como os Estados devem proteger e as empresas devem respeitar os direitos humanos, além de tratar dos mecanismos de reparação, tendo, portanto, os princípios fundantes e os princípios operacionais.

⁸ “El respaldo unánime de los Principios Rectores por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU ha contribuido a consolidar la autoridad normativa internacional de los mismos para prevenir y subsanar los efectos adversos de las actividades empresariales en los derechos humanos. También contribuido a clarificar el alcance de la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y su interacción con la obligación del Estado de proteger esos derechos.”

implementar o *framework* proteger, respeitar e remediar, e estabelecem programa de ação para as empresas ao mesmo tempo requerem a revisão legislativa nacional dos marcos normativos já existentes.

No presente estudo focaremos no segundo pilar – respeitar, o que significa dizer que as empresas devem realizar processos de auditoria (*due diligence*) para evitar violações aos direitos de outrem e abordar os impactos negativos com os quais as empresas estão envolvidas (RUGGIE, 2014, p. 165), o que é comumente chamado de análise de risco.

A essa altura importa mencionar que as boas práticas de governança corporativa estão relacionadas não apenas à proteção dos direitos dos acionistas, mas igualmente, procuram refletir os anseios da sociedade, ou seja, o olhar da empresa deve estar também na problemática ambiental, social e econômica, sobretudo da atividade transnacional, que engloba diversos nichos, nos mais variados países.

Pedro Ramiro (2009, p. 48, tradução nossa), ao questionar “[...] por que todas as grandes corporações decidiram apelar à ética e se esforçar para parecer responsáveis perante a sociedade?”⁹, conclui por afirmar que para as empresas transnacionais a responsabilidade social empresarial tem se tornado uma espécie de marketing solidário.

Percebe-se que mesmo havendo desconfiança por parte de alguns autores sobre a adoção da responsabilidade social empresarial pelas empresas, não há negativa de que este seja o novo paradigma de comportamento das grandes corporações, resultado da adaptação empresarial às mudanças sociais que surgem na globalização econômica.

Com as empresas cada vez mais conscientes da necessidade de incorporar preocupações sociais, trabalhistas, ambientais e de direitos humanos em suas estratégias de negócios, Carroll menciona que a responsabilidade social da empresa pode ser subdividida em quatro categorias:

[...] (I) Responsabilidade Econômica: [...] tem a responsabilidade de produzir bens e serviços que a sociedade deseja e vendê-los com lucro.; (II) Responsabilidade Legal: [...] a sociedade espera que os negócios cumpram sua missão econômica dentro da estrutura dos requisitos legais; (III) Responsabilidade Ética: [...] as responsabilidades éticas são mal definidas e, conseqüentemente, estão entre as mais difíceis de serem tratadas pelas empresas. Nos últimos anos, no entanto, as responsabilidades éticas têm sido claramente enfatizadas, embora o debate continue sobre o que é e o que não é ético. Basta dizer que a sociedade tem expectativas de negócios além dos requisitos legais; e (IV) Responsabilidades discricionárias (ou voluntárias): [...] essas funções são puramente voluntárias e a decisão de assumi-las é orientada apenas pelo desejo de uma empresa de se envolver em funções sociais não obrigatórias, não exigidas por lei e nem mesmo geralmente esperadas das empresas em um sentido ético. Exemplos de atividades voluntárias podem ser fazer contribuições filantrópicas, conduzir programas internos para usuários de drogas, treinar desempregados duros ou fornecer creches para mães que trabalham¹⁰ (CARROLL, 1979, p. 500, tradução nossa).

⁹ “¿Por qué todas las grandes corporaciones han decidido apelar a la ética y se esfuerzan por aparecer como responsables ante la sociedad?”

¹⁰ “(I) Economic Responsibilities: [...] it has a responsibility to produce goods and services that society wants and to sell them at a profit; (II) Legal Responsibilities: [...] Society expects business to fulfill its economic mission within

Por essa última categoria mencionada por Carroll (1979), ser socialmente responsável não significa apenas cumprir totalmente as obrigações legais, mas também ir além do seu cumprimento. Isto é, presume-se que a responsabilidade social corporativa é uma espécie de plus normativo no que diz respeito as obrigações legais, uma vez que alega estar cumprindo normas e princípios nacionais e internacionais.

Neste artigo, nos abstermos de trazer uma definição de responsabilidade social corporativa, haja vista não ser algo estanque. Seu conceito depende do grau de desenvolvimento cultural, econômico e político, mudando de sociedade para sociedade, ao longo do tempo, considerando, por óbvio, o Estado de atuação da transnacional. Contudo, uma coisa é certa, a ética sempre estará presente em qualquer que seja sua definição, e seu conceito é de crucial importância para as questões humanistas.

Cada organização desenvolve sua própria metodologia das iniciativas, ações e projetos, devendo visar consciência ambiental e social, análise de risco e avaliações, para solucionar problemas globais, como ajudar a atingir as Metas do Milênio da ONU¹¹, e a Agenda 2030, composta pelos dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável¹², sempre buscando assegurar direitos humanos.

Essas agendas e o termo ESG foram cunhadas, inclusive, dentro do Pacto Global. Percebe-se ser um esforço conjunto de Estados, empresas, instituições e sociedade civil.

Percebe-se que a empresa transnacional tem papel essencial, haja vista seu alcance e poderio econômico, sendo propulsor de inovações e tecnologias, influenciador e engajador de governos, fornecedores, colaboradores em geral e consumidores. Nas palavras de Gonzalo Fernández Zárata (2016, p. 38), “[...] a modernidade capitalista não pode ser entendida hoje sem o papel atuante das empresas transnacionais”¹³ (tradução nossa), sendo, pois, protagonistas do sistema.

Por isso é de extrema importância a aderência das empresas transnacionais ao Pacto Global, ou mesmo ao mínimo ético, porquanto têm abrangência planetária.

the framework of legal requirements; (III) Ethical Responsibilities: [...] Ethical responsibilities are ill defined and consequently are among the most difficult for business to deal with, In recent years, however, ethical responsibilities have clearly been stressed though debate continues as to what is and is not ethical. Suffice it to say that society has expectations of business over and above legal requirements; (IV) Discretionary Responsibilities (or volitional): [...] These roles are purely voluntary, and the decision to assume them is guided only by a business's desire to engage in social roles not mandated, not required by law, and not even generally expected of businesses in an ethical sense. Examples of voluntary activities might be making philanthropic contributions, conducting in-house programs for drug abusers, training the hardcore unemployed, or providing day-care centers for working mothers.”

11 A Declaração do Milênio, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), surgiu após o encontro de líderes de 189 países, em setembro de 2002, com o objetivo de discutir ações para promover a melhoria no padrão de vida da população mundial. Através desse encontro, foi definido um conjunto de oito metas a serem atingidas até 2015, ficando conhecidas como Metas de Desenvolvimento do Milênio: 1 – Erradicar a extrema pobreza e a fome; 2 – Garantir o ensino básico fundamental a todos; 3 – Promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; 4 – Reduzir a mortalidade infantil; 5 – Melhorar a saúde materna; 6 – Combater a AIDS, a malária e outras doenças; 7 – Assegurar a sustentabilidade ambiental; 8 – Promover uma parceria mundial para o desenvolvimento.

12 As ODS foram instituídas em 2015, compostos pelos 17 objetivos: 1 – Erradicar a pobreza; 2 – Fome zero e agricultura sustentável; 3 – Saúde e bem-estar; 4 – Educação de qualidade; 5 – Igualdade de gênero; 6 – Água potável e saneamento; 7 – Energia limpa e acessível; 8 – Trabalho decente e crescimento econômico; 9 – Indústria, inovação e infraestrutura; 10 – Redução das desigualdades; 11 – Cidades e comunidades sustentáveis; 12 – Consumo e produção responsáveis; 13 – Ação contra a mudança global do clima; 14 – Vida na água; 15 – Vida terrestre; 16 – Paz, justiça e instituições eficazes; 17 – Parcerias e meios de implementação.

13 “La modernidade capitalista no puede entenderse hoy sin el papel que juegan las empresas transnacionales”

Nessa esteira, a governança corporativa das empresas signatárias pode participar dos diálogos anuais de políticas do Pacto¹⁴; das redes locais¹⁵; dos fóruns de aprendizagem¹⁶ e, também, de projetos em parceria com a ONU.

Daniel Hudler e Marcelo Benacchio (2020, p. 131), com amparo em Cançado Trindade, reforçam a importância da ONU, com sua perspectiva globalista, na “[...] expansão dos direitos humanos pré-existentes, a luz da unidade de concepção e indivisibilidade, levando-os a um lugar central na agenda internacional do século XXI.”

O processo de governança das boas práticas, contribui não só para a sobrevivência das organizações na medida em que define os papéis de gestor e de acionista, assegura a transparência nas informações, o senso de equidade e a prestação de contas, que auxilia na redução dos conflitos e das violações de direitos humanos, mas também na concretização do direito ao desenvolvimento – “[...] como um direito humano fundamental.” (HUDLER; BENACCHIO, 2020, p. 131).

Por conseguinte, como mencionado no tópico anterior, são princípios básicos da governança corporativa, a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade social empresarial.

A transparência refere-se ao compromisso que a governança deve ter de informar, ou seja, ela deve ter não só a obrigação como o desejo de informar. E a informação não deve estar restrita aos aspectos econômicos e financeiros, mas dizer respeito a tudo o que possa ser de interesse dos acionistas e de todos os *stakeholder*, que conduzem a criação de valor, portanto, a transparência está diretamente relacionada à disponibilidade e livre acesso às informações da empresa (MATOS; FEDERIGHI, 2016, p. 113).

A equidade envolve a responsabilidade de dar tratamento justo e isonômico a todas as partes, sobretudo as minoritárias, sejam acionistas ou *stakeholders*, levando em consideração seus direitos, deveres, necessidades, interesses e expectativas. Assim, deve ser rejeitado todo o privilégio que possa ser concedido a qualquer das partes envolvidas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2015).

A prestação de contas (ou *accountability*) funda-se no fato de que os agentes da governança corporativa devem prestar contas de sua atuação, de modo claro, compreensível e tempestivo a todos os interessados, respondendo integralmente por todos os atos e omissões que venham a ser praticados durante o mandato a que foram eleitos (DE LUCCA, 2009, p. 378-379).

A responsabilidade social corporativa, por sua vez, trata-se do fato de que os conselheiros e administradores da empresa devem zelar pela viabilidade econômico-financeira e perenidade das organizações devendo incorporar considerações e ações efetivas de ordem social e ambiental na

14 São reuniões para tomadas de decisões acerca de temas relacionados à globalização e à ética empresarial.

15 O Pacto Global incentiva a criação de comitês e redes nos países para apoiar a concretização dos 10 princípios; para realizar projetos em parceria; e recrutar novas empresas signatárias. O Escritório do Pacto Global e o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) facilitam e apoiam o processo de formação destas redes locais.

16 As empresas são convidadas a compartilhar exemplos de boas práticas empresariais no portal do Pacto Global na Internet. Além disso, os participantes são encorajados a desenvolver estudos e análises de casos detalhados, e a utilizar tais casos para as atividades de Aprendizagem nos mundos empresarial e acadêmico. Eventos de aprendizagem locais, regionais e nacionais apoiam o compartilhamento do conhecimento.

definição dos negócios e operações, reduzindo as externalidades negativas e aumentando as positivas (PIOVESAN; GONZAGA, 2018, p. 97-98).

José Renato Nalini (2016, p. 430) menciona que:

A impressão que as pessoas têm está vinculada ao conceito de *responsabilidade social*. Ou seja, a empresa não tem apenas de procurar o lucro. Precisa também exercer o seu papel social. Ela é um agente produtor, dela dependem muitas pessoas e ela interage com o meio em que atua. Não pode permanecer alheia às transformações que afetam a sociedade.

O manual do Pacto Global deixa claro que o “[...] *Global Compact* não é uma agência tradicional das Nações Unidas, mas uma rede que existe para promover uma iniciativa” (UNITED NATIONS, 2012) e que empresas, grupo de empresas e outras organizações participam da rede de forma voluntária, devendo:

- Enviar uma carta assinada pelo Executivo de Topo (e, quando possível, endossada pelo Conselho de Administração) ao Secretário-Geral da ONU, manifestando o compromisso empresarial com o *Global Compact* e seus princípios;
- Impulsionar mudanças nas suas operações, de maneira que o *Global Compact* e seus princípios se tornem parte da estratégia, da cultura e das operações rotineiras;
- Defender publicamente o *Global Compact* e seus princípios através dos meios de comunicação de que dispõe, tais como comunicados à imprensa, discursos, relatórios etc.;
- Publicar em seu relatório anual (ou outro relatório similar) uma descrição das maneiras pelas quais está apoiando o *Global Compact* e seus dez princípios (UNITED NATIONS, 2012).

Ao aderir ao Pacto Global, portanto, as empresas estão assegurando de forma consentida que se encontram preparadas para agirem e serem avaliadas por suas ações ao invés de meramente por suas palavras.

Por óbvio ninguém muda uma cultura simplesmente assinando um papel. Daí a importância das ações do alto escalão da organização, vez que, é inegável que funcionários e colaboradores se guiam muito mais pelo que as lideranças fazem do que por aquilo que dizem.

Nos dizeres de José Renato Nalini (2016, p. 450), a empresa inteligente “[...] encontrará na moral empresarial a opção mais adequada à sobrevivência e aperfeiçoamento na turbulenta era do efêmero e do descartável.”

Em suma, as práticas das empresas (todas, mas sobretudo as transnacionais, por seu poder econômico, muitas vezes maior que muitos Estados) devem estar alinhadas aos preceitos dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos.

A implantação de um modelo de governança faz parte das decisões estratégicas da empresa, sendo instrumento fundamental para a continuidade e desenvolvimento das atividades

empresarial e social. E a boa governança leva a melhores avaliações de mercado, o que leva ao lucro (mola propulsora dos negócios).

Nas palavras de Stiglitz (2007, p. 305), “[...] o dinheiro é um incentivo poderoso e o desejo de ganhá-lo pode trazer enormes benefícios para todos.”

Contudo, não se pode olvidar, como bem pontua Marcelo Benacchio (2018, p. 245), há que se ter uma ponderação na busca pelo lucro, segundo qual:

“A ordem econômica constitucional objetiva a ponderação entre a possibilidade da busca do lucro com a acumulação da riqueza obtida (por meio da propriedade) e o efeito positivo em favor de toda sociedade e não apenas aos titulares do exercício da livre iniciativa”.

A boa governança implica no melhor funcionamento do mercado capitalista, gerando maior riqueza e segurança, desta forma e, por consequência, atendendo as necessidades básicas humanas. Logo, o chamado mínimo existencial depende do mercado e das boas práticas de governança, haja vista ser uma cadeia.

3 ANÁLISE DE RISCO PELA EMPRESA TRANSNACIONAL

Para tomada de decisão, no exercício da governança corporativa, muitas vezes os temas tratados são subjetivos e ambíguos, podendo causar efeitos positivos e/ou negativos em terceiros que não consentiram ou não participaram das decisões (que sequer tomaram ciência).

Isso demanda dos agentes da governança maior capacidade de avaliação, fundamentação e julgamento dos riscos.

Para cumprir a sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem ter políticas e procedimentos adequados à sua dimensão e circunstâncias, nomeadamente: a) Um compromisso político de assumir a sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos; b) Um processo de devida diligência em direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e contabilizar como eles abordam seu impacto sobre os direitos humanos; c) Processos que possibilitem reparar todas as consequências negativas sobre os direitos humanos que tenham causado ou contribuído para causar¹⁷ (SCHÖNSTEINER, 2019, p. 203, tradução nossa).

Desta forma, a consideração do perfil de risco, o entendimento dos papéis dos agentes de governança e o uso de critérios éticos são essenciais para que sejam tomadas decisões mais equilibradas, informadas, refletidas e conscientes.

Os programas de conformidade – mais conhecidos com *compliance* – podem ser excelentes ferramentas a desenhar o sistema de governança da organização e alinhar a atuação de todos os

¹⁷ “Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humano; b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos; c) Unos procesos que permitan reparar todos las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar”.

envolvidos (OLIVEIRA, 2018, p. 253-254).

Os agentes de governança têm papel relevante e precípua no fortalecimento e na disseminação do propósito, dos princípios e dos valores da organização, sobretudo na avaliação dos possíveis impactos negativos sobre os direitos humanos que a empresa pode incorrer, isso para que haja uma devida diligência visando que sejam evitadas possíveis transgressões.

Devida diligência é o processo de negócios, por meio do qual as empresas ativamente identificam, previnem, mitigam e prestam contas pela forma como atendem e gerenciam seus potenciais e reais impactos negativos sobre os direitos humanos. Este processo deve incluir a avaliação dos reais e potenciais impactos ao longo de suas operações de negócios, integrando e atuando sobre os resultados, acompanhando respostas e informando sobre como os impactos são abordados (HUIJSTEE; RICCO; CERESNA-CHATURVEDI, 2013, p. 8).

Anita Ramasatry (2015, p. 247, tradução nossa) vai além quando assevera que a *due diligence* ajuda as empresas “a identificar e prevenir danos, mas, mais importante, a fornecer acesso a reparar o dano”¹⁸, mencionando como mais importante o *framework* remediar.

Há que se mencionar, então, que a devida diligência implica mais que apenas uma avaliação dos riscos a que pode incorrer a empresa, sua finalidade é compreender e abordar os riscos e os abusos que as atividades das empresas representam aos titulares de direitos, incluindo sua cadeia de suprimentos e suas relações comerciais, além de fornecer subsídios para reparar o dano (caso este venha a ocorrer). E essa avaliação (e reparação) é papel fundamental da governança corporativa.

4 VIOLAÇÕES DIRETAS E VIOLAÇÕES INDIRETAS DE DIREITOS HUMANOS POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS

Com a pandemia do Covid-19 restou claro o dever de cooperação, ficou ainda mais evidente o papel integrador da empresa transnacional, vez que as ameaças que pairam o planeta necessitam de um comportamento global ético, ou seja, uma mudança de rumo no sentido de integrar normas éticas na busca do sucesso econômico.

À medida em que as empresas privadas começam a se envolver com a questão, torna-se ainda mais importante estabelecer princípios éticos globais e restaurar a cooperação internacional. Algumas empresas privadas podem encontrar mais motivação na ganância do que na solidariedade, por isso é preciso uma regulação rígida. Mesmo aquelas que fazem boas ações não prestam contas diretamente ao público, então é perigoso permitir que acumulem poder demais (HARARI, 2021, p. 19-20).

Há muito presenciamos violações de direitos humanos por empresas transnacionais, e, diante da finitude dos recursos naturais e da humanidade, precisamos com urgência encontrar o

¹⁸ “*Due diligence helps them to identify and prevent harms but, more importantly, to provide access to remedy*”.

equilíbrio entre o lucro e o humanismo.

Antes mesmo da pandemia do Covid-19 as 10 maiores receitas corporativas ultrapassam US \$ 3 trilhões, 157 das 200 principais entidades econômicas por receita são empresas, não governos (GLOBAL JUSTICE NOW, 2018). E com a pandemia do Covid-19 os ricos ficaram ainda mais ricos e os pobres mais pobres (VITORIO, 2021). Há um desequilíbrio evidente que precisa ser corrigido.

Considerando que a riqueza está diretamente ligada ao poder, há que se frear as violações perpetradas pelas empresas transnacionais, instituindo o capitalismo humanista, fortalecendo os Estados em desenvolvimento, *locus* onde mais são presenciadas violações a direitos humanos.

Juan Hernández e Pedro Ramiro advertem:

A evolução do capitalismo global desde o final do século XIX até os dias atuais, tem servido para consolidar e reforçar a centralidade das empresas transnacionais na economia mundial, bem como seu crescente domínio sobre múltiplas esferas da vida no planeta. Especialmente nas últimas quatro décadas, desde os processos de globalização financeira e a expansão das políticas neoliberais têm sido fundamentais na promoção a construção de uma complexa arquitetura econômica, política, cultural e jurídica, a nível internacional, das quais as grandes corporações têm sido as principais beneficiárias¹⁹ (ZUBIZARRETA; RAMIRO, 2015, p. 15, tradução nossa).

Para que não prevaleça a arquitetura da impunidade e para que haja um equilíbrio dos ganhos advindos do capitalismo há que se avaliar o impacto e o risco de um determinado investimento ou de determinada operação de negócios em relações aos direitos humanos, que deve ser um processo contínuo. Isso, inclusive, é o que determina o Princípio Orientador 17, nas alíneas “a” e “c”²⁰.

Nessa entoada, verifica-se a importância da responsabilidade social corporativa no que tange as violações de direitos humanos que podem ser diretas e indiretas. Sendo violações diretas aquelas em que os impactos sobre os direitos humanos ocorrem por meio das próprias atividades das empresas. Já as violações indiretas ocorrem em consequência de seus relacionamentos de negócios com terceiros, incluindo suas cadeias de suprimentos. A empresa contribui de alguma forma para que outra empresa ou instituição cause o dano, isto é, quando permite, incentiva ou facilita um terceiro a causar um impacto negativo sobre os direitos humanos (UNITED NATIONS, 2012, p. 20-21).

19 “La evolución del capitalismo global, desde final del siglo XIX hasta nuestro días, há servido para consolidar y reforzar la centralidade de las empresas transnacionales en la economía mundial, así como su creciente dominio sobre múltiples esferas de la vida em el planeta. Especialmente en las cuatro últimas décadas, ya que los procesos de globalización financiera y la expansión de las políticas neoliberales han resultado fundamentales para impulsar la construcción de una compleja arquitectura económica, política, cultura y jurídica, a nivel internacional, de la que las grandes corporaciones han sido las principales beneficiaria.”

20 Princípio orientador 17: “[...] A devida diligência em direitos humanos: (a) Deve abranger os impactos adversos nos direitos humanos que a empresa pode causar ou para os quais possa contribuir, por meio de suas próprias atividades, ou que estejam diretamente relacionados às suas atividades e operações, produtos ou serviços por meio de suas relações comerciais; (c) Deve ser contínua, reconhecendo que os riscos nos direitos humanos podem mudar com o passar do tempo, conforme evoluem suas atividades e operações e o contexto operacional da empresa.”

Como mencionado no tópico anterior, é de responsabilidade da empresa fazer uma análise de risco para não causar violações de direitos humanos, seja contra seus funcionários, seja contra a comunidade em geral, podendo ser incluídos impactos ambientais, vez que afetam negativamente o gozo dos direitos humanos.

Desta forma as empresas podem estar envolvidas em externalidades negativas sobre os direitos humanos por meio de suas próprias atividades ou como resultado de suas relações comerciais com outras partes.

A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos vai além de cuidar para que seus atos não causem externalidades negativas, isso porque “o mercado não é composto apenas por bens e contratos, regulados pelo Direito, mas, sobretudo, por seres humanos, a finalidade do mercado é atender às necessidades humanas.” (BENACCHIO, 2011, p. 195).

Daí mais uma questão de importância fulcral no que tange a atuação da governança corporativa, que deve zelar por toda cadeia negocial, evitando qualquer violação a direitos humanos, devendo respeitá-los de modo a cumprir as leis aplicáveis, sejam elas locais ou internacionais, independentemente de onde operem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na data de 26 de julho de 2000 o Pacto Global foi oficialmente adotado na sede da ONU em Nova Iorque, com a participação de quarenta e quatro empresas transnacionais e algumas organizações não governamentais. Desde então, a responsabilidade social empresarial tem-se tornado novo paradigma de comportamento das empresas transnacionais na era da globalização.

Seja em qual contexto for, mas principalmente nas atividades em que atuam, as empresas transnacionais devem observar e respeitar os direitos humanos, fazendo cumprir as leis nacionais e internacionais, buscando maneiras que propiciem a observância dos princípios internacionalmente reconhecidos. A ética empresarial não é mais uma opção, sendo atualmente uma exigência existencial.

Nesse interim, a governança corporativa das empresas signatárias do Pacto Global, por sua vez, deve, não só criar meios, mas dar o exemplo, respeitando os princípios orientadores, mapeando e mitigando os riscos que suas atividades ou contratações possam causar ou contribuir para violações de direitos humanos.

Um dos principais méritos do Pacto Global, do ESG e da Agenda 2030 é reforçar a cobrança das grandes corporações sobre as ações em suas cadeias, vez que a empresa não existe somente em função de seu caráter econômico.

Por mais que haja falta de mecanismo vinculativo ou sancionador, não é concebível ter o Pacto Global somente como imperativo ético, porquanto houve tratativa no plano internacional por parte também das empresas, devendo ser cumprido por elas de boa-fé. Além disso, há que se mencionar as regras jurídicas do *pacta sunt servanda* e do *venire contra factum proprium*,

universalmente reconhecidos.

De outra banda, mesmo o Pacto Global e os Princípios Ruggie serem *soft law* não é descartado o *framework* proteger, sendo possível a responsabilização das empresas perante a jurisdição Estatal de cada país onde atuem.

As boas práticas de governança corporativa ajudam a empresa a evidenciar o seu comprometimento jurídico, ético e humanista. Como mencionado, o *compliance* pode ser uma ferramenta pela qual a organização operacionalize e garanta que a sua atuação esteja seguindo conforme os ditames dos Princípios Ruggie e das normas do mercado, evitando violações de direitos humanos.

Há que se redefinir o foco da empresa. O lucro é legítimo, contudo é necessário acrescer a essa busca valores, o que pode ser conquistado por meio da filosofia humanista de Direito Econômico, com o Capitalismo Humanista, que agrega o equilíbrio que falta ao sistema econômico, razão pela qual os Direitos Humanos são normas jurídicas e devem ser de observância obrigatória.

Desta forma, a governança corporativa precisa estar constantemente em *due diligence*, buscando sempre questionar o que pode ser feito em suas práticas e relações comerciais para minimizar danos e maximizar sua contribuição para a sociedade, haja vista as empresas transnacionais possuírem instrumentos e poder transformador (positivo ou negativo) da realidade social de onde atuam.

Portanto, há que se reconhecer sobremaneira o papel positivo que as empresas transnacionais (especialmente as aderentes ao Pacto Global) podem – e devem – desempenhar na proteção e promoção dos direitos humanos, como concretização da responsabilidade social corporativa.

Por derradeiro, não nos parece desonesto ou antiético que a responsabilidade social empresarial ofereça vantagens à empresa, como a melhora da reputação, da credibilidade, da produtividade, a fidelidade à marca, e tantos outros benefícios econômicos, desde que seja agregada uma consciência e atividade efetiva de promoção e proteção dos direitos humanos. Depreende-se, portanto, que a obrigação de respeitar os direitos humanos constitui um padrão de conduta mundial aplicável a todas as empresas onde quer que operem.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Daniel Maurício Cavalcanti. **Responsabilidade como legitimação: capital transnacional e governança global na Organização das Nações Unidas**. 2010. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

BENACCHIO, Marcelo. A ordem econômica constitucional e o exercício da atividade empresarial. In: JORGE, André Guilherme Lemos; ADEODATO, João Maurício; DEZEM, Renata Mota Maciel Madeira (org.). **Direito empresarial: estruturas e regulação**. São Paulo: UNINOVE, 2018. v. 2, p. 235-254. Disponível em: <https://fdocumentos.tips/document/>

universidade-nove-de-julho-a-uninove-sensu-em-direito-da-universidade-nove-de.html. Acesso em: 1 maio 2021.

BENACCHIO, Marcelo. A regulação jurídica do mercado pelos valores do capitalismo humanista. *In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2, p. 191-213.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. Empresas e direitos humanos nas Nações Unidas: rumo a um tratado? *In: PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inês Virginia P.; TORELLY, Marcelo (coord.). **Empresas de direitos humanos***. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 19-37.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção Global. **Princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos**. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Proteção Global, 2019. Cartilha. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf Acesso em: 30 maio 2021.

CARRASCO, Carmen Márquez; TESÓN, Inmaculada Vivas. **La implementación de los principios rectores de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

CARROLL, Archie B. A three-dimensional conceptual model of corporate performance. *Academy of Management Review*, New York, v. 4, n. 4, p. 497-505, Oct. 1979. DOI: <https://doi.org/10.5465/amr.1979.4498296>

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - CVM. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. Rio de Janeiro: CVM, 2002. Cartilha. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/0001/3935.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

DE LUCCA, Newton. **Da ética geral à ética empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DIRETOR do pacto global da ONU diz que empresas vão ter de disseminar princípios de sustentabilidade. Estadão, São Paulo, 28 mar. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,entrevista-carlo-linkevieius-pereira-diretor-do-pacto-global-da-onu,70003661845> Acesso em: 8 maio 2021.

GLOBAL JUSTICE NOW. **69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments, figures show**. 2018. Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show/> Acesso em: 13 jun. 2021.

HARARI, Yuval. **Notas sobre a pandemia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

HUDLER, Daniel Jacomelli; BENACCHIO, Marcelo. Direito ao desenvolvimento: desafios econômicos, jurídicos e éticos nos tempos de Coronavírus (Covid-19). *Prim@Facie*, João Pessoa, v. 19, n. 42, p. 123-153, set. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/51843/32049> Acesso em: 8 maio 2021.

HUIJSTEE, Mariëtte van; RICCO, Victor; CERESNA-CHATURVEDI, Laura. **Como usar os princípios orientadores para empresas e direitos humanos das Nações Unidas para pesquisa e incidência: um guia para organizações da sociedade civil**. Amsterdam: SOMO, 2013.

Disponível em: <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2018/12/Como-usar-os-Princ-237-pios-Orientadores-para-Empresas-e-Direito.pdf>. Acesso em: 1 maio 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA - IBGC. **Código das melhores práticas de governança corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. Disponível em: <https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=21138#:~:text=Principal%20documento%20do%20IBGC%2C%20o,demais%20organiza%C3%A7%C3%B5es%20atuantes%20no%20Brasil>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MATOS, Leonardo Raphael Carvalho de; FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. As teorias comparadas da função social da empresa. *In*: BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basílio; DOMINIQUINI, Eliete Doretto (org.). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e direitos humanos**. Curitiba: CRV, 2016. p. 95-126.

MENEZES, Wagner. **Ordem global e transnormatividade**. Ijuí: UNIJUÍ, 2005.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Patrícia Godoy. Desafios para a implementação de programas de *compliance* em multinacionais. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance: perspectiva e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 251-272.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ijuí, RS, ano 7, n. 13, p. 129-151, jan./jun. 2019.

PACTO GLOBAL. Rede Brasil. **A iniciativa**. 2015. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>. Acesso em: 10 maio 2021.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2021.

PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos. *In*: PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inês Virginia P.; TORELLY, Marcelo (coord.). **Empresas e direitos humanos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 83-110.

RAMASASTRY, Anita. Corporate social responsibility versus business and human rights: bridging the gap between responsibility and accountability. **Journal of Human Rights**, Washington, v. 14, n. 2, p. 237-259, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2705675>. Acesso em: 15 maio 2021.

RAMIRO, Pedro. Las multinacionales y la responsabilidad social corporativa: de la ética a la rentabilidad. *In*: ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro (ed.). **El negocio de la responsabilidad**: crítica de la responsabilidad social corporativa de las empresas transnacionales. Barcelona: Icaria Editorial, 2009. p. 47-78.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. São Paulo: Editora Planeta Sustentável, 2014. *eBook*

kindle.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: includente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Fator capH capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2019.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**: filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011. *eBook kindle*.

SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos. Lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Amin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). **Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais**. Desafios do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano à luz do direito econômico internacional. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

SILVANO, Simone. Governança corporativa e compliance: você sabe a diferença? **DEPS Tecnologia**, Criciúma, 17 abr. 2019. Disponível em: <http://deps.com.br/governanca-corporativa-e-compliance-voce-entende-as-diferencas/> Acesso em: 7 maio 2021.

STIGLITZ, Joseph E. **Globalização como dar certo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

UNITED NATIONS. Human Rights. Office of the High Commissioner. **The corporate responsibility to respect human rights**: an interpretive guide. New York: HR, 2012. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RtRInterpretativeGuide.pdf> Disponível em espanhol: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_sp.pdf. Acesso em: 1 maio 2021.

VITORIO, Tamires. Bilionários ficaram US\$ 5 trilhões mais ricos em meio à pandemia de Covid-19. **CNN Brasil**, São Paulo, 6 abr. 2021. Business. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/04/06/mesmo-com-a-pandemia-da-covid-19-bilionarios-ficaram-us-5-trilhoes-mais-ricos>. Acesso em: 13 jun. 2021.

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

ZÁRATE, Gonzalo Fernández Ortiz de. **Alternativas al poder corporativo**: 20 propuestas para una agenda de transición em disputa com las empresas transnacionales. Barcelona: Icaria Editorial, 2016.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; GONZÁLEZ, Erika; RAMIRO, Pedro. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad: responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos. **Revista de Economía Crítica**, Espanha, n. 28, 2 sem. 2019. ISSN 2013-5254. Disponível em: http://www.revistaeconomicacritica.org/sites/default/files/JuanHernandez-ErikaGonzalez-PedroRamiro_Arquitectura-legal-de-la-impunidad.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.

ZUBIZARRETA, Juan Hernández; RAMIRO, Pedro. **Contra la lex mercatoria**: propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales. Barcelona: Icaria Editorial, 2015.

Como citar: CAMPOS, Tatiana de Almeida; BENACCHIO, Marcelo. A governança corporativa no âmbito do pacto global empresarial de direitos humanos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 10-29, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p10-29. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 27/12/2021.

Aprovado em: 28/11/2022.

**VGBL – VIDA GERADORA DE BENEFÍCIOS
LIVRES: O SEGURO INSEGURO****VGBL - LIFE GENERATING FREE BENEFITS: THE
INSECURED INSURANCE****Jussara Borges Ferreira***
Eduardo Maffei**

Como citar: FERREIRA, Jussara Borges; MAFFEI, Eduardo. VGBL – Vida Geradora de Benefícios Livres: o seguro inseguro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 30-53, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p30-53. ISSN: 2178-8189.

* Doutora em Direito das Relações Sociais (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP). Mestre em Direito (Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR). Graduação em Direito (Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR).
E-mail: jussara@borgesferreiraadv.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4919-6935>

**Mestre em Direito Processual e Cidadania (Universidade Paranaense – UNIPAR/PR). Graduação em Direito (Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE/PR).
E-mail: maffei.adv@hotmail.com
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8302-3843>

Resumo: O presente trabalho tem por objeto investigar a segurança jurídica dos contratos de Vida Geradora de Benefícios Livres - VGBL, em especial quando utilizados como mecanismo de planejamento sucessório. Inserido no ordenamento jurídico como uma modalidade de seguro por sobrevivência, o VGBL consiste em um contrato de investimento para fruição futura, a servir como previdência complementar ao instituidor, que, por se valer de regras típicas dos contratos de seguro de vida, permite que o estipulante indique os beneficiários do fundo para depois de sua morte. Essa liberdade na indicação dos beneficiários colide com as regras de direito sucessório, tem o potencial de modificar a ordem de vocação hereditária e até mesmo de violar a legítima. Diante dessa problemática, pelo método dedutivo, pautando-se em pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial, buscou-se analisar o conflito existente para se chegar a uma definição sobre a segurança jurídica do segurado no cumprimento da estipulação dos beneficiários de seu contrato.

Palavras-chave: VGBL - vida geradora de benefícios livres; seguro; planejamento sucessório; autonomia privada; estipulação em favor de terceiros.

Abstract: The purpose of this work is to investigate the legal security of Life Generating Benefits Free - VGBL contracts, especially when used as a succession planning mechanism. Inserted in the legal system as a modality of insurance for survival, the VGBL consists of an investment contract for future fruition, to serve as a supplementary pension to the founder, which, by using the typical rules of life insurance contracts, allows the stipulator indicate the beneficiaries of the fund for after his death.

This freedom in the indication of the beneficiaries collides with the rules of succession law, has the potential to modify the order of hereditary vocation and even to violate the legitimate one. Faced with this problem, through the deductive method, based on doctrinal and jurisprudential bibliographic research, we sought to analyze the existing conflict in order to reach a definition of the insured's legal certainty in complying with the stipulation of the beneficiaries of their contract.

Keywords: VGBL - life generating free benefits; security; succession planning; private autonomy; stipulation in favor of third parties.

INTRODUÇÃO

Quando se analisa as relações interpessoais e interações sociais, percebe-se a inundação que o direito obrigacional traz ao ordenamento jurídico. As pessoas vivem e convivem com diversas relações obrigacionais, frutos de atividades negociais que formam uma teia de inimagináveis consequências diretas e indiretas na vida humana.

Na clássica teoria obrigacional, dentre as diversas classificações existentes, está a obrigação de garantia, que se caracteriza pela eliminação de um risco que pesa sobre o credor. Tal vínculo obrigacional tem a função de transferir as angústias financeiramente reparáveis ao devedor da obrigação.

Segundo Maria Helena Diniz (2012, p. 224) a obrigação de garantia “visa reparar as consequências de realização do risco”. Mesmo que o elemento danoso não se verifique, o simples fato do devedor assumir o risco de vir a ocorrer o dano reparável, já representa o adimplemento desta obrigação.

Em suma, quando alguém contrata como credor uma obrigação de garantia, pretende romper as inquietações que a insegurança por fatos financeiramente reparáveis podem lhe gerar, transferindo essa responsabilidade para o devedor.

Nesse universo negocial é que emergem os contratos de seguro, pelo qual as pessoas podem negociar com companhias estreitamente fiscalizadas pelo Estado, a transferência de certos riscos mediante o pagamento de um preço.

Esses contratos, além de estarem sob os olhos fiscalizatórios do Estado, são regidos por precisas regras que visam conceder a esperada segurança que o contrato de seguro deve assegurar.

Visando atender essa demanda pela garantia de algum risco financeiramente acobertado, existem diversas modalidades de contratos de seguro, porém, há um peculiar seguro, quiçá não muito seguro, denominado de Vida Geradora de Benefícios Livres – VGBL que se passa a analisar.

O VGBL nasce como uma modalidade de seguro por sobrevivência¹, que se presta a administrar contribuições e aportes financeiros pagos pelo segurado para, após certo prazo, se converter em renda periódica na forma de previdência complementar aberta e, em caso de morte do segurado, todo capital estipulado é destinado à(s) pessoa(s) indicada(s) pelo segurado ou na forma do Art. 792 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Nesse caso, a obrigação de garantia que se pretende é assegurar certo conforto financeiro na velhice do segurado pela obtenção de uma renda complementar a ser paga após sobreviver por certo período, bem como, em caso de sua morte, beneficiar a(s) pessoa(s) que o segurado tenha relevante interesse em proteger. Logo, conjuga-se um sistema de investimento para fruição futura com um seguro sobre pessoa para o caso de morte.

¹ O VGBL - Vida Gerador de Benefícios Livres é modalidade contratual específica e por adesão, ofertado pelas instituições financeiras como opção que conjuga previdência privada, investimento e seguro, prevalecendo o conceito de contrato de seguro.

A natureza jurídica do VGBL motivou debates por parte da doutrina pátria e, neste sentido, foi emblemático o voto da Ministra Nancy Andrighi, proferido no REsp 1.880.056/SE (BRASIL, 2021) ao defender “natureza previdenciária para todos os fins, tanto no período de diferimento quanto no período de concessão do benefício, exceto se caracterizado, no caso concreto, o intuito de constituir mero investimento ou de blindagem patrimonial.”

No entanto, essa sistemática contratual tem o potencial de afrontar regras cogentes do direito sucessório, pois possibilita a modificação da ordem de vocação hereditária e é capaz de violar a legítima dos herdeiros.

Nessa confrontação do contrato de VGBL com o direito sucessório é que resta fragilizada a segurança jurídica do contrato de seguro, pois, se houver a mitigação da autonomia privada em se indicar o beneficiário do fundo, rompe-se a justa expectativa do contratante a se manter a afronta ao direito de herdeiro, vergasta do direito sucessório.

Logo, a problemática que se investiga está na confrontação das regras relativas ao VGBL quando em colisão com regras do direito sucessório, a busca de quais regras sobressai e a segurança do estipulante ao contratar o VGBL como forma de seguro de vida.

Diante dessa problemática, pelo método dedutivo, pautou-se na utilização de materiais bibliográficos, doutrinário e jurisprudencial, com especificação nas referências.

Nesse confronto entre direito contratual e sucessório, se investigará se é sobrelevante ou não da autonomia privada do contratante de seguro de vida VGBL, quando colidente com o direito sucessório, logo, a segurança jurídica em se estipular livremente beneficiários no VGBL e, até mesmo, a segurança de seu uso como meio de planejamento sucessório.

1 O VGBL E AS REGRAS SECURITÁRIAS

Para bem entender o VGBL, inicia-se o estudo na conceituação de seguro de vida, qual, segundo Pontes de Miranda (2012, p. 55), “é a espécie de seguro em que a vinculação do segurador consiste em prestar capital, ou renda periódica, a partir de determinado momento, no caso de morte do contraente, ou de outrem (satisfeitos os pressupostos especiais), ou no caso de duração da vida”.

O seguro de pessoa tem por finalidade beneficiar a vida e as faculdades humanas. Diferentemente do seguro de dano, não tem caráter indenitário. Seu valor não depende de qualquer limitação e varia de acordo com a vontade e as condições financeiras do segurado, que pode fazer tantos seguros quantos desejar (GONÇALVES, 2019, p. 543).

No seguro de vida, seja na cobertura para o caso de morte ou em caso de sobrevivência, o objeto segurado e o valor estipulado correspondem ao livremente pactuado entre o estipulante e o segurador.

O interesse no seguro depende do que o contraente prevê. Donde as várias espécies: o seguro de vida para caso de morte, no qual a pretensão contra o segurador nasce com a morte; o seguro de vida para caso de vida, em que se há de prestar a soma ou a renda periódica, se o segurado a certo momento ainda vive; o seguro de vida misto, em que se juntam, com alternativa, as duas espécies, de jeito que a prestação é devida se o segurado ainda vive em determinado momento, ou em

caso de morte, se essa ocorre antes daquele momento (MIRANDA, 2012, p. 55).

Em se tratando de seguro de vida para cobertura pelo evento morte, seja nos casos de morte natural ou acidental, o segurado contrata o pagamento pela seguradora, de valor certo, estipulado em favor de beneficiário indicado, ou na falta de indicação, metade ao cônjuge e a outra metade aos herdeiros, segundo ordem de vocação hereditária². Essa modalidade de seguro de vida opera sobre cálculos atuariais de expectativa de vida e risco de morte do estipulante em determinado prazo, variando o valor do prêmio em razão do risco calculado face ao valor de cobertura contratado.

A principal finalidade do seguro de vida para o caso de morte é a proteção da família ou de pessoa que o segurado tenha relevante interesse em proteger em caso de sua morte prematura. Assim, por exemplo, se uma pessoa com 30 anos de idade, sem exercer nenhuma atividade de risco e na plenitude de sua saúde, contratar um seguro de vida para cobertura no valor de R\$ 100.000,00 em caso de morte natural e R\$ 1.000.000,00 em caso de morte acidental, pelo período de um ano, certamente vai pagar um prêmio periódico ou fixo em valor muito inferior à cobertura, pois, probabilisticamente, a chance de vir a falecer durante a vigência do seguro é reduzida e permite que, na socialização do risco, a companhia seguradora tenha recursos para cobrir os sinistros que ocorrem e, ao mesmo tempo, opere no mercado econômico com lucro.

Gonçalves (2019, p. 545) ensina que esse é o seguro de vida tradicional, também chamado seguro de vida propriamente dito.

Em se tratando de seguro por sobrevivência, o fundamento está em assegurar a estabilidade financeira futura, revelando-se em verdadeiro plano previdenciário, pois o principal objetivo do segurado é, a partir de certo prazo ou idade, fruir dos valores que capitalizou.

Essa modalidade de seguro é denominada seguro de valores futuros, por não prever uma indenização em razão de prejuízos materiais, ou de danos causados à coisa, “porém, uma segurança financeira para o amanhã com a entrega de valores. O seu objetivo fundamental é o de prevenir dificuldades para a própria pessoa. No caso de seguro de vida a intenção é a de resguardar os herdeiros ou protegidos, em razão da morte” (GONÇALVES, 2019, p. 544).

Outra modalidade de seguro de vida é o misto ou híbrido, que reúne as hipóteses de pagamento em caso de sobrevivência e morte do estipulante. É a principal modalidade dos dias atuais, no qual “o segurador se compromete, mediante um prêmio fixo e anual devido pelo segurado, a pagar-lhe ao fim de certo prazo (vinte ou trinta anos), determinada importância.” (GONÇALVES, 2019, p. 545). Porém, se antes do período estipulado houver a morte do contratante, o valor já pago e que constitui o plano até o momento da morte será pago às pessoas designadas na apólice.

Segundo Gonçalves (2019, p. 545), nessa modalidade de seguro, é nítida a natureza jurídica de “estipulação em favor de terceiros, uma vez que, de um lado, se encontra o segurado, como estipulante; de outro, o segurador, como promitente-devedor; e, por fim, o beneficiário, como

² Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária.”

terceiro em favor de quem se faz a estipulação”.

Nota-se, nesta modalidade de seguro, que a companhia seguradora somente assume o papel de administradora dos recursos financeiros do segurado, seja na capitalização e investimentos, seja no pagamento ordenado para suprir as necessidades do estipulante na velhice, seja para transferir, *post mortem*, os recursos remanescentes às pessoas que o contratante indicar.

O favorecido pela estipulação pode ser qualquer pessoa. A depender da avença entre segurado e segurador, é livre o capital estipulado pelo proponente, podendo, inclusive, contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse com diversos seguradores³.

Pode uma pessoa fazer o seguro sobre a própria vida ou sobre a de outrem. No último caso, deverá justificar “o seu interesse pela preservação” daquela que segura, salvo se for cônjuge, ascendente ou descendente do proponente, caso em que, pelo Art. 790 e parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002), considera-se presumido o interesse.

Outra característica do seguro de vida, quiçá, a mais importante para o desenlace da matéria, está no fato do seguro sobre a vida não ser considerado herança por expressa previsão do Código Civil (BRASIL, 2002), que dispõe em seu Art. 794: “no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito”.

Gonçalves (2019, p. 546) entende que:

para a hipótese de morte do estipulante, não se confunde “com a herança, que pressupõe a existência do bem no patrimônio do de cujus, e sua transmissão ao sucessor, por causa da morte. Por isto mesmo, a soma não está sujeita às dívidas do segurado, nem suporta o imposto de transmissão *mortis causa*. Não deve, igualmente, levar-se à colação, se o beneficiado for herdeiro necessário, nem se computa na meação do cônjuge supérstite (CC, art. 794)”.

Pontes de Miranda (2012, p. 61-62) entende que tal incomunicabilidade do seguro com a herança, existe para preservação da função socioeconômica do seguro de pessoa. Isso, para não tornar sem efeito a proteção almejada pelo estipulante em face de dívidas do segurado morto.

Imagine-se, por exemplo, a pessoa que está inadimplente em R\$ 100.000,00 perante determinada instituição financeira, e tenha um seguro de vida em montante superior ou equivalente. Se não fosse a proteção dada pelo Art. 794 do Código Civil (BRASIL, 2002), em tese, a instituição financeira poderia reter o valor para compensação com a dívida, fato que, frustraria a justa expectativa do segurado em proteger sua família em caso de morte prematura.

Paulo Nader (2018, p. 444), em mesma linha aponta que:

O art. 795 fixa uma restrição à liberdade de transação entre o segurador e o beneficiário, considerando nulo o ajuste que implique a redução de pagamento. A finalidade da regra, de natureza cogente, é de garantir ao beneficiário o recebimento de um capital,

³ Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 789. Nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores.”

presumidamente necessário para o desenvolvimento de algum plano de vida. A disposição afasta a possibilidade de o benefício ser neutralizado por outros negócios jurídicos celebrados entre a sociedade seguradora, segurado, beneficiário, com ou sem a participação de terceiros. Disposição semelhante é a do art. 794, relativa ao seguro de vida, pela qual o capital do seguro não se sujeita às obrigações do segurado. A norma jurídica é coerente, pois o beneficiário não responde pelas dívidas do segurado. O comando legal dispõe, ainda, que o benefício não constitui herança para todos os fins.

Sobre o tema, Gustavo Tepedino (2020, p. 479) entende que o valor estipulado no “seguro de vida ou de acidente pessoal para o caso de morte não se caracteriza como herança, razão pela qual não estará sujeito às dívidas do falecido, não integrando o inventário”, logo, tal capital é “impenhorável e não se sujeita à colação”.

Muito embora soa uníssono na doutrina o fato do capital estipulado em seguro de vida não ser considerado herança para nenhum fim jurídico, nota-se que o tratamento dado a matéria se presta a definir uma regra comum aplicada aos seguros sobre pessoas de maneira geral, ou seja, sem distinguir as peculiaridades que diferem o seguro de vida tradicional, do seguro por sobrevivência e a forma mista.

Quando se trata de seguro de vida tradicional, no qual envolve o estudo atuarial para o pagamento de espécie de indenização para o caso da morte do segurado, entende-se que a aplicação do Art. 794 do Código Civil (BRASIL, 2002) resta soberana. Porém, nos casos em que o valor segurado, nada mais é do que o montante financeiro que o próprio estipulante repassou para companhia seguradora aplicar financeiramente, administrar e devolver corrigido em favor de quem for beneficiário, aparentemente, estar-se-ia diante de grave ofensa aos direitos dos herdeiros. Pois, embora nominado de seguro, tal modalidade se aflora como modalidade de fundo de investimento, com alto potencial de burlar a legítima dos herdeiros.

E é dentro desta conturbada modalidade securitária que se localiza o plano de cobertura por sobrevivência denominado de Vida Gerador de Benefício Livre – VGBL.

Não se dissociado das regras securitárias, o VGBL é contemplado como modalidade de previdência complementar privada, que tem matriz constitucional no Art. 202, regulamentado pela Lei Complementar nº 109/2001 (BRASIL, 2001), enquadrando-se como plano de benefício de entidades abertas.

O plano VGBL divide-se em três subtipos, conforme carteira de investimento⁴ e, segundo

4 Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL): quando, durante o período de diferimento, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder for baseada na rentabilidade da carteira de investimentos de FIFE, no qual esteja aplicada a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável.

Este plano pode ser classificado em três subtipos, conforme a composição da carteira de investimentos do respectivo FIFE, a saber:

- a) soberano: VGBL-S;
- b) de renda fixa: VGBL-RF; e
- c) composto: VGBL-C.

Vida Gerador de Benefício Livre-FAQE (VGBL-FAQE): quando, durante o período de diferimento, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder for baseada na rentabilidade da carteira de investimentos de FAQE, no qual esteja aplicada a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável.

Este plano pode ser classificado em três subtipos, conforme a composição da carteira de investimentos do respectivo FAQE, a saber:

- a) soberano: VGBL-FAQE-S;

Decreto nº 3.633 (BRASIL, 2000), de 18 de outubro de 2000, obrigatoriamente deverá passar pela prévia análise e aprovação da SUSEP - Superintendência de Seguros Privados, antes de ser comercializado. Logo, além das regras securitárias do Código Civil, regulamenta-se a matéria pelas normativas da SUSEP e do Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP.

Atualmente, a mais precisa regra sobre essa modalidade de cobertura por sobrevivência, está na Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP de nº 124, de 2005 (BRASIL, [2022]), qual prevê em seu Art. 7º, inciso I, a existência do:

Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), quando, durante o período de diferimento, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder for baseada na rentabilidade da(s) carteira(s) de investimentos de FIE(s), no(s) qual(is) esteja(m) aplicada(s) a totalidade dos respectivos recursos, sem garantia de remuneração mínima e de atualização de valores e sempre estruturados na modalidade de contribuição variável.

A SUSEP ([2022]), em seu portal, define o VGBL como “seguro de vida individual que tem por objetivo pagar uma indenização ao segurado, sob a forma de renda ou pagamento único, em função de sua sobrevivência ao período de diferimento contratado”.

Segundo informativo da SUSEP, existem no mercado seis planos de cobertura por sobrevivência, que variam em razão da agressividade ou conservadorismo dado aos investimentos do estipulante.

É válido esclarecer, que a grosso modo, a Provisão Matemática de Benefícios a Conceder pode ser considerada como sendo a “conta” onde são colocadas todas as contribuições (pagamentos) efetuados pelo segurado. Já a Provisão Matemática de Benefícios Concedidos poderia ser considerada como a “conta” para onde é transferido todo o dinheiro da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, quando o segurado entra em gozo do benefício (começa a receber a renda).

Quanto às características que a SUSEP dá ao VGBL⁵, percebe-se que, embora se intitule

b) de renda fixa: VGBL-FAQE-RF; e

c) composto: VGBL-FAQE-C.

5 a) Sobre o valor dos prêmios pagos pelo segurado haverá incidência de carregamento, conforme percentual, critério e forma de cobrança definidos no regulamento e na proposta.

b) Durante o período de diferimento, o VGBL Individual terá como critério de remuneração do valor da provisão matemática de benefícios a conceder a rentabilidade da carteira de investimentos do FIE - fundo de investimento especialmente constituído, não havendo garantia de remuneração mínima, podendo, inclusive, ocorrer perdas na referida provisão.

c) Todo segurado tem o direito de solicitar, durante o período de diferimento, o resgate e a portabilidade dos recursos da respectiva provisão matemática de benefícios a conceder, observados os prazos de carência e os intervalos previstos no regulamento.

d) Quando do pagamento de resgate ou da efetivação da portabilidade, haverá a incidência de encargo de saída, cujo percentual encontra-se estabelecido no regulamento do plano.

e) Para cálculo da indenização sob a forma de renda, a seguradora considerará: o montante acumulado na provisão matemática de benefícios a conceder ao término do período de diferimento; as tábuas biométricas de sobrevivência; e a taxa de juros efetiva anual.

f) A indenização sob a forma de renda será atualizada anualmente, pelo indexador adotado no regulamento do plano.

g) O VGBL Individual poderá, durante o período de pagamento da indenização sob a forma de renda, oferecer a participação no resultado financeiro do plano (excedente/déficit). Este resultado corresponde à diferença entre a rentabilidade do fundo de investimento onde obrigatoriamente é aplicado os recursos da provisão matemática de benefícios concedidos e a remuneração mínima garantida (taxa de juros efetiva anual, tábua biométrica e índice de atualização de valores) feitos os ajustes relativos à incidência do percentual de gestão financeira contratado.

como seguro, sobressaem a natureza de fundo de investimento. Nota-se que o prêmio nada mais é do que um valor aplicado em uma conta de investimento somado a uma taxa de carregamento para o custeio das despesas de administração do fundo. A rentabilidade dessa carteira de investimento não garante uma remuneração mínima e pode, inclusive, ter resultados negativos, revelando que o seguro inseguro se amolda nas características de qualquer fundo de investimento no qual o investidor corre o risco de perder capital. Permite-se portabilidade mediante pagamento de taxa administrativa, bem como, o encerramento antecipado do plano com o levantamento de valores.

Ora, tais características, revelam uma natureza jurídica muito mais próxima de fundo de investimento do que de seguro, porém, seguindo-se as regras deste para permitir o resgate *causa mortis* do fundo pelos beneficiários indicados pelo instituidor.

Embora tal plano de previdência privada tenha sido concebido como uma modalidade de seguro por sobrevivência em que a pessoa pudesse mesclar modalidade de aplicação financeira com a forma organizada de resgate para atender certa fase da vida, pelas suas características passou a ser largamente explorado como forma de planejamento sucessório, já que o estipulante pode, por meio desse plano, realizar contribuições mensais para composição do fundo, realizar aporte de excedentes financeiros e, assim, compor fundo para fruir em vida, mas que, pela natureza securitária, em caso de morte, transfere-se para os beneficiários independentemente de inventário e partilha.

Assim, em tese, pelo VGBL o estipulante teria um meio lícito de transferir seu patrimônio financeiro para os herdeiros sem que isso se amoldasse à hipótese de incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD.

Tal entendimento, ficou mais evidente em 2005, quando entrou em vigor a Lei nº 11.196 de 21 de novembro (BRASIL, 2005), que ficou apelidada de Lei do Bem por trazer diversos dispositivos de incentivos fiscais, inclusive quanto aos fundos de investimentos constituídos pelas entidades abertas de previdência privada, que definiu a seguinte regra:

Art. 79. No caso de morte do participante ou segurado dos planos e seguros de que trata o art. 76⁶ desta Lei, os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante (BRASIL, 2005).

Acredita-se que o legislador criou tal dispositivo meramente para facilitar o recebimento dos valores contidos no fundo pelos beneficiários, removendo os entraves que as instituições financeiras poderiam impor ao levantamento do dinheiro pelos herdeiros, porém, involuntariamente, deu ampla margem para servir o VGBL como mecanismo de fraude à legítima e, embora não seja o objeto do presente estudo, elisão fiscal do ITCMD.

Essa característica, fez com que o VGBL passasse a ser contratado como instrumento de

⁶ “Art. 76. As entidades abertas de previdência complementar e as sociedades seguradoras poderão, a partir de 1º de janeiro de 2006, constituir fundos de investimento, com patrimônio segregado, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, estruturados na modalidade de contribuição variável, por elas comercializados e administrados.” (BRASIL, 2005).

planejamento sucessório, pois, demonstra-se compatível com a liquidação e aporte da integralidade do patrimônio do contratante no fundo. Em contrapartida à administração de todos os recursos financeiros do segurado, a seguradora se compromete em pagar o fundo em favor de quem o segurado indicar.

2 UTILIZAÇÃO DO VGBL NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E A COLISÃO DE DIREITOS

Muito embora a legislação brasileira não faça previsão expressa quanto ao planejamento sucessório, no universo negocial existem muitos institutos jurídicos que são compatíveis com a efetiva organização patrimonial para depois da morte e, até mesmo, a antecipação da partilha dos bens em vida.

Gustavo Tepedino (2020, p. 283) ensina que o “planejamento sucessório consiste num conjunto de medidas empreendidas para organizar a sucessão hereditária de bens e direitos previamente ao falecimento de seu titular”.

Trata-se de conseqüência de uma orquestra de atos civis voltados a assegurar que as aspirações fundamentais da vida da pessoa sejam executadas após seu falecimento, permitindo a adequada divisão da herança entre os sucessores, bem como, a continuidade dos negócios jurídicos e atividades econômicas exercidas regularmente pelo autor da herança, tal como a continuidade de empresa, sucessão em sociedades, administração de bens etc.

Dentre os diversos meios de planejamento sucessório, pelas regras de operacionalização, o VGBL passou a ser uma das hipóteses para quem buscasse planejar a sucessão, pois, conforme já dito, tornou-se possível que o interessado em planejar sua sucessão aportasse em dinheiro todo o seu patrimônio em um fundo a ser destinado, para depois da morte do instituidor, a quem este indicar.

Segundo Gladston Mamede e Eduarda Motta Mamede (2015, p. 93), o VGBL enquanto instrumento de planejamento sucessório se torna interessante por se cuidar de um fundo securitário, que tem natureza de seguro pessoal de regras específicas.

De qualquer sorte, em linhas gerais, serão feitas contribuições em dinheiro, sendo que, com a ocorrência da morte, aqueles que forem indicados como beneficiários do fundo assumem a titularidade dos recursos. Note-se que não se trata, em sentido estrito, de uma sucessão, mas de um seguro (artigo 794 do Código Civil). Aquele que contribui para o fundo o faz em benefício de seu cônjuge, companheiro, descendentes, ascendentes, colaterais ou outros. Justamente por isso, não há falar em inventário: com o evento da morte, os beneficiários entraram na titularidade dos recursos, conforme tenha sido contratado. Não há falar, portanto, em pagamento de imposto por transmissão de bens causa mortis.

O autor explica que conforme as regras do fundo, é possível aplicar valores mensais ou, até mesmo fazer único aporte financeiro que constitua o fundo, “o que permite manejar o investimento

em VGBL como ferramenta para que seja forjada uma segurança financeira para os beneficiários.” (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 93).

Gustavo Tepedino (2020, p. 290) ao tratar especificamente do planejamento sucessório pela modalidade de estipulação em favor de terceiros problematiza as indagações que emergem:

no âmbito sucessório em virtude da desigualdade em relação à legítima dos herdeiros necessários, uma vez que através dos seguros de vida ou de acidentes pessoais, do VGBL ou PGBL, o pai pode destinar mais recursos a determinado filho em detrimento do outro, bem como em relação ao não pagamento do imposto de transmissão causa mortis.

O confronto está no Art. 794 do Código Civil (BRASIL, 2002), que define que os seguros de vida não serão considerados herança, logo seu capital será pago independentemente de inventário, não se sujeitando à colação e nem a qualquer regra que imponha proteção à legítima, justamente, com as regras que asseguram o direito de herança.

Tepedino (2020, p. 291), aduz que “há muitos debates sobre a dinâmica de tais investimentos na sucessão hereditária”, pois o VGBL possui caráter securitário, inclusive, sendo regulado pela SUSEP, que justificaria a aplicação do disposto no Art. 794 do Código Civil (BRASIL, 2002).

No entanto, a questão não é tão simples, porque tais investimentos, em especial o VGBL, são muitas vezes utilizados para fins não securitários, havendo, assim, desvio da sua finalidade. Atentos a essa realidade, alguns Estados buscam o pagamento do imposto de transmissão causa mortis sobre tais recursos, como ocorreu com o Estado do Rio de Janeiro, onde há lei estadual que expressamente instituiu a incidência do referido imposto (Lei Estadual do Rio de Janeiro, nº 7174/15, art. 23). Vale registrar que dita previsão legal foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no que tange à cobrança do imposto sobre valores oriundos de VGBL, mantendo o tributo sobre valores que advierem de PGBL (TJRJ, Ação Direta de Inconstitucionalidade 0008135-40.2016.8.19.0000, julg. 10.6.2019) (TEPEDINO, 2020, p. 291).

Gladston Mamede e Eduarda Motta Mamede (2015, p. 94), entende que:

Embora não se tenha uma situação de herança, já que se trata de uma contratação com natureza securitária, não se aceita que o investimento em VGBL seja utilizado como meio para fraudar a lei, nomeadamente a regra da legítima, anteriormente estudada. Assim, mesmo sendo uma faculdade do contratante indicar o(s) beneficiário(s) do plano, bem como o respectivo valor que lhe caberá, há uma situação análoga à doação – a contribuição para o fundo se faz para que seja fluída por outro(s) – e a existência de vantagens desiguais poderia macular o artigo 1.789. A aplicação larga do princípio inscrito no artigo 1.802 do Código Civil é suficiente para macular esse desrespeito à imposição do mínimo que deve compor a sucessão necessária.

Nesta colisão entre regra de direito contratual securitário, como regras de direito sucessório,

ventila-se inclusive a hipótese de desnaturar o VGBL de modalidade securitária para mero investimento financeiro, assim, enquanto aplicação financeira, sofrendo todos os efeitos de direito sucessório para sua transmissão *causa mortis*.

Nesta senda, analisa Tepedino (2020, p. 294), a recente decisão do STJ, que entendeu que os planos de PGBL e VGBL devem ser partilhados com o término do casamento sob regime de comunhão parcial de bens por se considerarem meros investimentos financeiros.

O caso analisado dizia respeito a plano de previdência complementar aberto, cujas regras flexíveis permitiam aportes e resgates livremente, de maneira similar a outras aplicações financeiras. A decisão faz referência expressa tanto a PGBL, como VGBL, deixando de fora da partilha apenas os planos de previdência fechado que não permitem o resgate durante a fase de acumulação. STJ, REsp 1.698.774/RS, 3ª T., Rel. Des. Nancy Andrighi, julgado em 01.09.2020. Lê-se na Ementa que “4. São partilháveis os valores empregados no curso da relação em previdência privada em nome do recorrente, pois tais valores, a exemplo do que ocorre com aqueles recolhidos na conta vinculada do FGTS durante o relacionamento, são comunicáveis”.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2019, p. 232) entende que o uso de modalidade fundo de investimento com roupagem de contrato de seguro não pode servir para burlar direito de herdeiro.

Não se pode transformar os bens em aplicações e determinar quem as receba, prejudicando os herdeiros. Situação diversa ocorre com o seguro. Aqui há situação aleatória, pois não se sabe se a indenização será devida pela seguradora. Mas quando a vantagem é certa, o direito dos herdeiros é indiscutível e qualquer forma imaginada para deles retirar a vantagem não pode ser considerada válida.

Em mesmo entendimento, a 5ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2018) compreendeu,

[...] em que pese a regra institui o beneficiário do plano de previdência privada como a pessoa indicada livremente pelo participante para receber os valores do benefício na hipótese de seu falecimento, a sucessão anômala não pode ser vista como um meio apto a evitar a aplicação de toda e qualquer regra de sucessão legítima. Os herdeiros necessários devem ter seus direitos sucessórios preservados, de modo que a sua legítima deve ser respeitada, não podendo o participante dispor sobre grande parte do seu patrimônio, alocando-o para planos de previdência e seguros.

Carvalho (2019, p. 2174) entende, a exemplo da conta bancária conjunta e do pagamento de dívida contraída pelo herdeiro, que a indicação de herdeiro em plano de VGBL, caracteriza-se como uma forma de doação indireta, assim consideradas aquelas que favorecem certo herdeiro, mas sem uma transmissão patrimonial propriamente dita. Nesse caso, o estipulante não estaria doando diretamente dinheiro ao herdeiro, mas, por contrato, constituindo um fundo de investimento, qual, por consequência da morte do estipulante, obriga a seguradora a pagar certa soma financeira em

favor do beneficiário.

Quanto às doações indiretas, Maria Berenice Dias (2018) aduz que deverão ser trazidas à colação tal como as doações diretas. “Adoção feita por interposta pessoa física ou jurídica configura simulação”, restando configurada a doação indireta em diversas artimanhas dissimulatórias do herdeiro, tais como: “o pagamento de dívida de herdeiro necessário; a renúncia a algum direito; a remissão de dívida; a compra de bem em nome dele; construção de prédio em terreno do descendente” etc.

Para combater a doação indireta há, inclusive, o entendimento pela aplicabilidade dos princípios da *disregard*, para desconsiderar a personalidade jurídica de quem serviu de interposta pessoa para benefício do sonegador. Por exemplo, casos em que o autor da herança realize doação em favor de pessoa jurídica controlada pelo herdeiro.

A desconsideração da personalidade jurídica (CC 50): em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, podem os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações serem estendidos aos bens particulares dos sócios e administradores. Flagrada qualquer dessas ocorrências, há o dever de colação. O que viola a lei por meio de embustes e disfarces deve receber punição equivalente (ou maior). Regula a lei processual o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, tanto direta quanto inversa (CPC 133 a 137) (BRASIL, 2002).

Muito embora o presente estudo não enfoque diretamente na desconsideração da personalidade jurídica, por se compreender que a SUSEP autoriza a inclusão de pessoa jurídica como beneficiária de seguro de vida, poder-se-ia deparar com caso de fraude à herança em que, o estipulante de VGBL indique como beneficiário de seu fundo de investimento pessoa jurídica em que os reais beneficiários sejam sócios, colocando essa interposta pessoa como mecanismo que vise garantir a fraude.

Em decisão à pouco tempo emanada do Superior Tribunal de Justiça, deu-se contornos à natureza jurídica do VGBL como de mera aplicação financeira, que tende a consolidar o entendimento quanto à necessidade de inclusão do fundo em inventário.

Trata-se da decisão relatada pela Ministra Nancy Andrigli, no REsp: 1726577 (BRASIL, 2021), julgado em 14 de setembro de 2021, onde se entendeu que deverá ser colacionado ao inventário o valor recebido em plano de previdência complementar privada aberta, exatamente a modalidade em que se insere o VGBL.

Decidiu a Ministra que o regime destes planos é marcado pela liberdade do investidor em realizar contribuições, depósitos, aportes e resgates de valores. Essa flexibilidade no plano de previdência complementar privada aberta o torna de natureza multifacetada, que mescla seguro previdenciário com investimento financeiro, que o difere da previdência privada fechada, esta que, se entende insuscetível de partilha. O VGBL, antes de se converter em renda e se iniciar o pagamento periódico, como forma de complementação previdenciária, não passa de mero investimento e aplicação financeira, caso em que, deve ser partilhado entre os herdeiros.

Pelo entendimento que se extrai dessa decisão, independe se o instituidor do VGBL agiu de boa-fé ou de má-fé, se teve ou não o intuito de fraudar a sucessão. Certo é, que enquanto o VGBL estiver em fase de capitalização e servindo como mero investimento, a cláusula contratual em que se institua beneficiários para o caso de morte se torna inócua.

O caso levado a julgamento pelo STJ consistiu em definir “se deve a inventariante colacionar o valor existente em previdência complementar privada aberta na modalidade PGBL ao inventário do falecido”.

No aresto se traçou minuciosamente a natureza jurídica do VGBL, apontando que:

[...] os planos de previdência privada aberta, operados por seguradoras autorizadas pela SUSEP, podem ser objeto de contratação por qualquer pessoa física e jurídica, tratando-se de regime de capitalização no qual cabe ao investidor, com amplíssima liberdade e flexibilidade, deliberar sobre os valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates antecipados ou parceladamente até o fim da vida, razão pela qual a sua natureza jurídica ora se assemelha a um seguro previdenciário adicional, ora se assemelha a um investimento ou aplicação financeira. Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal ou da sucessão [...].

Tal decisão, levou em conta os precedentes da casa, estendendo as conclusões para o melhor enfrentamento da matéria. Enfrentamento este, que buscou o exaurimento da natureza dos planos de previdência complementar privada aberta sob a ótica fática e jurídica, assim, apontando a Ministra Nancy (BRASIL, 2021), duas situações distintas de utilização do VGBL e PGBL, a primeira com característica típica previdenciária, aduzindo que,

[...] de acordo com a SUSEP, o PGBL seja um plano de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência e o VGBL seja um plano de seguro de pessoa com cobertura por sobrevivência, a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida, como forma de complementação do valor recebido da previdência pública e com o propósito de manter um determinado padrão de vida.

Porém, antes de assumir a função previdenciária, o fundo existente não passaria de mera aplicação financeira, sendo, assim, considerado patrimônio simples do autor da herança, a ser partilha tal como qualquer saldo de conta bancária. Explica a Ministra (BRASIL, 2021) que,

[...] no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e pensionamento ao titular, possui natureza de

aplicação e investimento, devendo ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal ou da sucessão por não estar abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002.

Logo, diante da farta fundamentação da Ministra, entendeu-se no caso concreto ser “induidosa a conclusão de que o valor existente em previdência complementar privada aberta de titularidade do autor da herança compunha a meação da cônjuge igualmente falecida”, bem como, que a colação do fundo ao inventário resta indispensável.

Na análise do aresto colacionado, fica claro o aprofundamento que o STJ deu à matéria ao fazer as devidas distinções entre os diversos modelos de previdência privada e, com propriedade, declarar que o VGBL se trata de mero fundo de investimento financeiro, logo, por este precedente, tornando permissivo a inclusão do fundo no monte hereditário.

Diante de todas as características intrínsecas do VGBL, bem como, analisada sua finalidade e utilização, nota-se que a pluralidade de interpretações que se tem consiste essencialmente na análise da natureza jurídica do contrato do VGBL face a sua característica securitária ou de mero fundo de investimento. Sendo considerado fundo de investimento resta claro se tratar de bem comum a ser partilhado em inventário, porém, escudada a feição de seguro, verifica-se o conflito entre a autonomia privada de quem contrata o VGBL e livremente indica as pessoas que pretende beneficiar no caso de sua morte, com as regras e princípios de proteção aos herdeiros legítimos.

3 A COLISÃO ENTRE A AUTONOMIA PRIVADA E PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO SUCESSÓRIO

Toda a discussão sobre a natureza jurídica do VGBL e sua confrontação com o direito sucessório, traz à baila a necessidade de se verificar os limites da autonomia privada. Pois, a segurança jurídica em se fazer cumprir a estipulação de vontade do segurado, está intimamente ligada ao cumprimento do princípio da autonomia privada.

De um lado está a autonomia privada, o direito de livre disposição patrimonial e as regras do universo contratual. De outro lado estão os princípios em que se assentam o direito à legítima e as regras sucessórias.

Robert Alexy (2018, p. 3) ensina que regras são comandos determinados destinados à aplicação por subsunção, enquanto “princípios são comandos de otimização”.

Deixando-se as regras de lado, as possibilidades jurídicas são determinadas essencialmente pelos princípios colidentes. Por essa razão, princípios, considerados separadamente, sempre compreendem comandos *prima facie*. A determinação do grau apropriado de cumprimento de um princípio relativamente às exigências de outros princípios é feita através da ponderação. Assim, a ponderação é a forma específica de aplicação dos princípios. (ALEXY, 2018, p. 3).

O autor apresenta uma complexa fórmula do peso em que se busca pragmaticamente

ponderar os princípios colidentes sobre diversos aspectos até se chegar ao resultado que revele a sobressalência do princípio que deve ser aplicado.

Em que pese o brilhantismo de Alexy, a ponderação pretendida nesse capítulo, não se presta a dissecar exaustivamente todos os princípios, valores e regras que são conflituosos entre si, mas sim, trazer a análise dos interesses jurídicos em conflito na luta entre a autonomia privada do estipulante do contrato de seguro e as regras do Direito Sucessório.

Antes de se falar do princípio da autonomia privada, há de se rememorar o conceito de autonomia da vontade para se tecer as devidas diferenciações.

Segundo Rizzardo (2020, p. 17), a origem da autonomia da vontade está na possibilidade de se criar direitos e deveres a partir da vontade humana. Enaltece-se a *pacta sunt servada* ao conceber que a vontade da pessoa é capaz de formar convenções com a mesma força obrigatória de uma lei, porém, vinculando somente as partes.

Desde o surgimento, passando pelo direito romano e pelas várias correntes filosóficas e jurídicas da história, o princípio da autonomia da vontade sempre foi consagrado. Por isso, é o contrato considerado como o acordo de vontades livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas. Induziu a tão alto grau a liberdade de pactuar, que afastou quase completamente a interferência estatal. Assim pontificou na doutrina de J. J. Rousseau, na qual prepondera a vontade geral, e não a individual, com o menor envolvimento possível do Estado, formada pelo livre consentimento das vontades individuais, vindo a constituir o contrato social.

Entende-se pela autonomia da vontade o individualismo soberano nas relações negociais, dando ao interesse privado certo grau de supremacia, sem considerar fatores exógenos que conflitam com a plena autonomia do exercício da vontade.

Justamente a exagerada autonomia da vontade leva a depararmos com inúmeras situações sociais conflitantes. Na prática, uns vencem mais que os outros, dispõem de maior discernimento e tino negocial. Muitas pessoas revelam uma vontade fraca. Deixam-se enleiar na insídia, ou são desavisadas e desprovidas de uma visão real e ampla no mundo que as cerca. Oferecem todas as condições para serem prejudicadas (RIZZARDO, 2020, p. 18).

É inegável que as pessoas devem ter certo grau de liberdade em contratar, que as interferências à autonomia da vontade não podem sufocar o desenvolvimento negocial, a livre iniciativa privada e o andar harmônico da sociedade.

Caio Mario da Silva Pereira (2020, p. 21-24), no plano puramente civilístico, estabelece quatro momentos fundamentais da existência dos ajustes privados: “Em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrém um negócio jurídico-contratual”, ou seja, ninguém é obrigado a firmar contrato, o consenso entre o policitado e o policitante é parte estrutural do negócio jurídico, não existindo o contrato sem a conjunção da manifestação⁷ de

vontade em contratar. Além da liberdade de contratar, o autor aponta em segundo lugar, a liberdade de com quem contratar.

[...] a liberdade de contratar implica a escolha da pessoa com quem fazê-lo, bem como do tipo de negócio a efetuar. Não é, também, absoluto o poder de ação individual, porque às vezes a pessoa do outro contratante não é suscetível de opção, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio.

Em terceiro momento, “a liberdade de contratar espelha o poder de fixar o conteúdo do contrato, redigidas as suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes”. Nota-se que aqui, a liberdade de contratar se refere diretamente ao conteúdo negocial, nesse ponto é que as partes discutem todas as cláusulas e condições pelas quais se obrigam.

É na liberdade de escolha e ajuste do conteúdo obrigacional que a autonomia da vontade sofre as maiores interferências estatais, seja em razão das regras destinadas ao equilíbrio entre partes em situação de assimetria sob o aspecto da vulnerabilidade, seja por se dirigir o contrato pela sua função social e constitucionalização do direito privado.

Por fim, o quarto momento em que encontra-se presente a manifestação da autonomia privada está, após a conclusão do contrato, passando este a “constituir fonte formal de direito, autorizando qualquer das partes a mobilizar o aparelho coator do Estado para fazê-lo respeitar tal como está, e assegurar a sua execução segundo a vontade que presidiu a sua constituição”.

Em resumo, Caio Mário da Silva Pereira (2020, p. 25) entende o princípio da autonomia da vontade como “a faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos”, mas ressalva, que tal princípio não é absoluto e “nem reflete a realidade social na sua plenitude”, pois é mitigado pela supremacia da ordem pública e “dirigismo contratual, que é a intervenção do Estado na economia do contrato”.

O declínio do individualismo somado à decadência do formalismo jurídico expõe à reflexão o individualismo contratual e o predomínio da vontade do contratante, viga mestra dos pactos sem limites. O modelo liberal de vida privada desgasta-se em razão de seus próprios fundamentos. As relações contratuais permaneceram encarceradas nas torres encasteladas da vontade individual. O sujeito contratante manteve intacta por longos períodos a tutela absoluta da autonomia da vontade em nome da qual tudo podia, até mesmo e, principalmente, manter as desigualdades negociais. Desde aquele período, predomina a concepção do uso e manipulação do contrato como instrumento de dominação social. De lá para cá as mudanças se fizeram lentamente (FERREIRA, 2007, p. 88).

Embora lentas foram as mudanças, todas as limitações que o princípio da autonomia da vontade sofreu desde sua concepção, levaram a concepção de um novo princípio que lhe deriva: Princípio da Autonomia Privada. Este princípio, segundo Rizzardo (2020, p. 24):

[...] passou a ter sede constitucional, não apenas quando se protege a livre

7 Inclusive, utiliza-se a locução “manifestação de vontade” no singular, pois as vontades individuais de todos os contratantes, na formação do contrato, devem-se unificar para caracterizar o consenso gerador de obrigações.

iniciativa econômica (art. 170 da Constituição Federal), como também quando se confere proteção à liberdade individual (art. 5º da Constituição Federal). Liga-se, assim, a autonomia privada ao próprio desenvolvimento da dignidade humana, embora não atue, naturalmente, de forma absoluta, sofrendo limitações de outros princípios (boa-fé, função social, ordem pública).

Explica o autor que “o princípio da autonomia privada concretiza-se, fundamentalmente, no direito contratual, mediante uma tríplice dimensão: a liberdade contratual, a força obrigatória dos pactos e a relatividade dos contratos” (RIZZARDO, 2020, p. 25).

Portanto, o princípio da autonomia privada rompe a ideia de soberania da vontade para dar espaço e coexistir com outros princípios que norteiam as relações privadas, sendo estes, os princípios da função social, da boa-fé objetiva e da prevalência do interesse público.

Quanto se tem a união destes princípios, ensina Orlando Gomes (2019, p. 197) que, “aperta-se o interesse de perquirir os limites do poder de dispor dos bens que a lei assegura a toda pessoa, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causa*, seja a título oneroso, seja a título gratuito”. Ou seja, a autonomia privada, estabelece que os negócios jurídicos podem ser livremente avençados, contanto que respeitem as imposições restritivas que emanam do Estado e de princípios jurídicos que afetam as relações interpessoais, revelando-se em questões de ordem pública que operam na mitigação do exercício da vontade plena.

Neste diapasão, Humberto Theodoro Júnior (2020, p. 53) entende que a autonomia privada refere-se a “uma esfera de atividade jurídica reservada pela lei à liberdade de autogestão dos interesses individuais privados”. Este princípio é uma parte do princípio geral da autodeterminação das pessoas, pois não revela em si amplitude da autodeterminação, isso porque, deve ser exercido nos estreitos do ordenamento jurídico.

Pelo princípio em foco, o que se reconhece é a liberdade do indivíduo para configurar ou modelar criativamente as relações jurídicas privadas, não para criar, abstratamente, direito como faz a lei. Esta vale perante todos e a todos obriga. O negócio jurídico nasce da vontade autônoma dos agentes e, em regra, só vale e obriga na esfera daqueles que o criaram. Mas, não é a autonomia da vontade que, por si só, cria ou extingue direitos, e sim o ordenamento jurídico quando reconhece validade ao negócio lícito praticado pelos indivíduos e, consequentemente, aprova e assegura os efeitos buscados pelos particulares.

Pode-se dizer que a liberdade privada se afirma no princípio constitucional da liberdade individual somente se limitando pelo mesmo ordenamento jurídico que o consagra. Estando as pessoas submetidas ao Estado Democrático de Direito organizado pela Constituição, a livre iniciativa que deste decorre e por este é protegida, deve se ponderar com as demais regras e princípios que lhe ladeiam na proteção dos direitos individuais e coletivos.

Assim, quando se vislumbra o exercício da autonomia privada exercida na celebração de contratos de seguro de vida, em especial na modalidade de VGBL, que é o enfoque deste estudo, devem-se conceber as limitações que o mesmo ordenamento jurídico que assegura a liberdade

contratual impõe.

Nasce a necessidade de ponderação de princípios que coexistem em um mesmo local. Essa ponderação de princípios, por analogia, seria o mesmo que se despejarem diversos líquidos de densidades sutilmente diferentes em um recipiente de espaço restrito. Os líquidos mais densos se assentam ao fundo e firma a base e os mais leves se perdem por transbordo. Em matéria de princípios, alguns desses “líquidos” terão a característica de se fundirem total ou parcialmente, encontrando lugar no mesmo recipiente ou sofrendo parcial transbordo em razão de suas características peculiares ou firmando-se na base.

Embora não se esteja a tratar de química neste trabalho, mas aproveitando a analogia ora inaugurada, poder-se-ia dizer que um dos líquidos mais densos do ordenamento jurídico, senão o mais denso, é a dignidade humana, prevista no Art. 1º, III, da Constituição Federal, logo, sempre que a autonomia privada esbarrar na dignidade da pessoa humana, a esta deverá franquear espaço.

Tal fenômeno, resta muito bem explicado por Alessandro Otavio Yokohama e Celso Hiroshi Iocohama (2020, p. 14), que ensinam que “em todas as hipóteses de restrições ou conformações de direitos fundamentais, deve-se obrigatoriamente resguardar o chamado núcleo essencial, considerado um conteúdo inatingível e inerente a todos aqueles direitos”. O núcleo essencial dito pelos autores, na analogia com os líquidos, equipara-se ao líquido mais denso, que sempre vai servir de base.

Considerando o caráter de direito fundamental da herança, não só pela sua estreita relação com o princípio da dignidade humana, mas ao fato de estar arrolada expressamente entre os direitos fundamentais da Constituição (BRASIL, 1988) (Art. 5º, XXX e XXXI), deve excluir qualquer regra de menor hierarquia e se ponderar com as de igual grandeza. Yokohama e Iocohama (2020, p. 16) entendem que:

As colisões de direitos fundamentais se dão entre dois direitos propriamente ditos, ou ainda entre um direito fundamental e outro bem - que não revelado em forma de princípio - constitucionalmente protegido. Para sua configuração, porém, deve-se excluir qualquer preceito não resguardado pelo texto constitucional.

Em se tratando do conflito entre a livre estipulação em favor de terceiros, característica dos contratos de VGBL, quando se revele como mecanismo de preterição a herdeiro, ante à natureza jurídica dada à proteção da herança, em especial da legítima dos reservatários, sem sombra de dúvidas, pode-se dizer que a vontade exarada no contrato sofrerá mitigação.

A herança se funda em valores de proteção à família e ao indivíduo ligado à família, seja por afinidade, afetividade ou consanguinidade. Sua ligação com o princípio da dignidade humana é estreitada, logo, não podendo ser maculada por meio de negócios jurídicos que lhe confrontem.

Relevante também, é analisar a limitação que a autonomia privada sofre em razão da função social do contrato. O Art. 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), estabelece que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”, cujo fundamento emana da Constituição Federal, mais especificamente, conforme cita Theodoro Júnior (2020, p. 71):

- a) no art. 1º, III: pelo princípio da dignidade da pessoa humana;
- b) art. 1º, IV: por força dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- c) art. 3º, I: pela construção de uma sociedade justa e solidária; e,
- d) art. 170: instituindo os princípios gerais da atividade econômica, que determinam que: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Esse dispositivo repete o “valor que tem para a sociedade não só o trabalho humano, mas também a livre iniciativa, inclusive, a principal geradora de empregos”.

A função social do contrato está justamente no rompimento de um sistema meramente individualista, para concepção do contrato enquanto instrumento social, servindo-se e respeitando valores consagrados na sociedade. Segundo Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (2007, p. 88), “a relevância dos pactos para o direito eleva-se à relevância da pessoa, da família e patrimônio”.

Tal autora, entende favorável a imposição de “limites aos excessos da autonomia privada para restringir seu alcance”, esta, “não só sobrevive como convive com os limites impostos, indispensáveis à consagração dos interesses sociais, reafirmando, a um só tempo, que a questão mais tormentosa refere-se à imposição de limites”.

Quando se estabelece o *link* entre a função social do contrato e a família, não se pode deixar de reler o Art. 226 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que trata a família como base da sociedade, destinando-lhe especial proteção do Estado.

Por silogismo básico, se a função social do contrato mitiga a autonomia privada e se a família é a base da sociedade, logo, a autonomia privada jamais poderá atacar o que se protege no âmbito da família.

Nesse ponto, mais que claro está, que todas as disposições contratuais que contrariarem a proteção que o ordenamento jurídico destina à família devem ser revistas em prol da adequação do contrato à função social.

O direito sucessório, de maneira geral, conforme iniciou o presente estudo, nasce da proteção familiar, ou melhor, existe em razão da família, encontrando seu principal fundamento na regulação da continuidade da família pela sucessão patrimonial para depois da morte de quem individualmente lhe pertence.

Portanto, os contratos sofrem limitação pela sua função social, sempre que trouxerem previsão que vise a modificação da ordem de vocação hereditária sem que se atenda a forma testamentária ou que se faça por negócio jurídico que mobilize a legítima dos herdeiros necessários.

Assim, estando o VGBL incluso na seara contratual e submetido às limitações impostas pela função social, a vontade manifestada pelo estipulante na indicação dos beneficiários em receber o fundo de investimento capitalizado junto à companhia seguradora, não pode divergir do que as regras sucessórias reservam para a destinação dos demais bens do autor da herança.

Inclusive, pode-se dizer que qualquer estipulação que viole as regras sucessórias são tidas como nulas de pleno direito, pois, em tese, se revelam como forma de fraude à lei, repudiada pelo

Art. 166, VI, do Código Civil (BRASIL, 2002).

CONCLUSÃO

Conforme estudado, o VGBL nasce como uma modalidade de seguro por sobrevivência, que se presta a administrar contribuições e aportes financeiros pagos pelo segurado para, após certo prazo, se converter em renda periódica na forma de previdência complementar aberta e, em caso de morte do segurado, todo capital estipulado ser destinado à(s) pessoa(s) indicada(s) pelo segurado ou na forma do Art. 792 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Enquanto modalidade de seguro, desde a etimologia da palavra que nomina a espécie de contrato, espera-se do VGBL segurança no cumprimento das regras contratuais e nas avenças que nessa modalidade são realizadas.

Quando contrata o seguro, o segurado pretende assegurar certo conforto financeiro na velhice, pela obtenção de uma renda complementar a ser paga após sobreviver por certo período, bem como, em caso de sua morte, beneficiar a(s) pessoa(s) que tenha relevante interesse em proteger.

No entanto, nem sempre o VGBL representa a segurança almejada, ainda mais quando sua contratação tem finalidade de planejamento sucessório. Pois, embora o Art. 792 do Código Civil (BRASIL, 2002) dê liberdade de estipulação do beneficiário do fundo securitário, e o Art. 794 da mesma lei, defina que o seguro de vida não se considera herança para todos os efeitos de direito, o grau de proteção dado à herança, em especial à legítima tem o potencial de se sobrepor às regras securitárias e até mesmo sobre a autonomia privada.

Ainda, não só por confrontar o direito sucessório, mas pela natureza jurídica em si do contrato de VGBL, reiteradamente os tribunais e o STJ têm proferido decisões que entendem o VGBL como mero fundo de investimento financeiro, sendo passível de penhora, partilha e meação.

Inclusive, há entendimentos na doutrina, que o VGBL somente veste paletó de seguro, mas, em sua essência, não passa de simples aplicação financeira.

Sendo considerado fundo de investimento, resta claro se tratar de bem comum a ser partilhado em inventário, porém, escudada a feição de seguro, verifica-se o conflito entre a autonomia privada de quem contrata o VGBL e livremente indica as pessoas que pretende beneficiar no caso de sua morte, com as regras e princípios de proteção aos herdeiros legítimos.

Porém, nessa queda de braços, sempre irá sobressair o direito sucessório, pois está ligado a princípios e valores jurídicos que gozam de maior proteção, não podendo a autonomia privada mitigar o que é de direito de herdeiro.

Isso pois, a herança se funda em valores de proteção à família e ao indivíduo ligado à família, seja por afinidade, afetividade ou consanguinidade. Sua ligação com o princípio da dignidade humana é estreitada, logo, não podendo ser maculada por meio de negócios jurídicos que lhe confrontem.

Assim, quando o interessado procura a companhia seguradora ou instituição financeira para celebrar contrato de VGBL e indicar os beneficiários do plano, não terá a certeza de que estas pessoas indicadas receberão, de fato, a deixa patrimonial. Isso faz com que reste rompida a segurança jurídica em se ter o efetivo cumprimento contratual, tornando, neste ponto de estudo, o VGBL um seguro inseguro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978877/>. Acesso em: 29 out. 2021

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 126, n. 191-A, p. 1-32, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Decreto nº 3.633, de 18 de outubro de 2000. Altera a redação do art. 8º do Regulamento aprovado pelo Decreto no 60.459, de 13 de março de 1967, inclui parágrafo único ao art. 7º do Decreto no 61.589, de 23 de outubro de 1967, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 138, n. 202-E, p. 1-163, 19 out. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3633.htm. Acesso em 29 out. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 109/2001, de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Brasília: Ministério da Justiça, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm. Acesso em 29 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 139, n. 8, p. 1-177, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 142, n. 223, p. 1-215, 22 nov. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111196.htm. Acesso em 20 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Superintendência de Seguros Privados. **Menu atendimento**. Brasília: Ministério da Economia, [2022]. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/menuatendimento/VgblPgbl/vgblindividual>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça (3ª turma). **Recurso Especial nº 1.880.056/SE, de 16 de março de 2021**. Recorrente: MGB. Recorrido: MBP DAS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 16 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª turma). **Recurso Especial 1726577/SP**. Recorrente: M W S A – Inventariante. Recorrido: I D E A M T. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 14 de

setembro de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800435228&dt_publicacao=01/10/2021. Acesso em: 29 out. 2021.

CARVALHO, Luiz Paulo Viera de. **Direito das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017328/>. Acesso em: 29 out. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Funcionalização do direito privado e função social. *In*: FERREIRA, Jussara S.A. Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.). **Direito empresarial contemporâneo**. Marília: UNIMAR, 2007. p. 79-107.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/>. Acesso em: 1 nov. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Planejamento sucessório: introdução à arquitetura estratégica - patrimonial e empresarial - com vistas à sucessão causa mortis**. São Paulo: Atlas, 2015. E-books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000108/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: direito das obrigações contrato de seguro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: contrato**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979621/>. Acesso em: 10 nov. 2021. v. 3

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990534/>. Acesso em: 10 nov. 2021. v. 3.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992637/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 2234386-14.2018.8.26.0000, 13 de novembro de 2018**. Relator: James Siano, 13 nov. 2018. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12000064&cdForo=0>. Acesso em 29 out. 2021.

SUSEP - SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS. Brasília: SUSEP, [2022]. Disponível em: <https://www.gov.br/susep/pt-br#vgbl>. Acesso em: 15 dez. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau.

Fundamentos do direito civil: direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992484/>. Acesso em: 29 out. 2021. v. 7.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FIGUEIREDO, Helena Lanna. **Negócio jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992835/>. Acesso em: 10 nov. 2021.

YOKOHAMA, Alessandro Otavio; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Direitos Fundamentais: restrições e colisões. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual**,[s.l.], v. 2, n. 27, p. 149-163, 2020.

Como citar: FERREIRA, Jussara Borges; MAFFEI, Eduardo. VGBL – Vida Geradora de Benefícios Livres: o seguro inseguro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 30-53, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p30-53. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 26/05/2022.

Aprovado em: 14/12/2022.

COMPLIANCE NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E A PROTEÇÃO DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO CONSUMIDOR

COMPLIANCE IN E-COMMERCE AND THE PROTECTION OF CONSUMER'S LEGITIMATE EXPECTATION

Diego Bianchi de Oliveira*
Elias Marques de Medeiros Neto**

*Doutorando em Direito (Universidade de Marília – UNIMAR/SP).
Mestre em Direito (Universidade Paranaense – UNIPAR/PR).
Especialista em Direito Imobiliário (Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ).
Graduado em Direito (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS/MS).
E-mail: odiegobianchi@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1456-9666>

**Pós-Doutor em Direito Processual Civil (Universidade de Salamanca – USAL/ES).
Doutor em Direito Processual Civil (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP).
E-mail: emarques@tozzinifreire.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1904-6418>

Como citar: OLIVEIRA, Diego Bianchi de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Compliance no comércio eletrônico e a proteção da legítima expectativa do consumidor. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 54-70, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p54-70. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Considerando que o surgimento da Internet e dos novos meios de comunicação ampliaram a exposição da sociedade aos mais variados riscos no mercado de consumo. Diante disso, investigaram-se quais mecanismos de gestão de riscos poderiam ser adotados para mitigar tamanha exposição. O objetivo do trabalho buscou verificar se a adoção de programas de *compliance* pode contribuir para proteção da legítima expectativa do consumidor no contexto do comércio eletrônico. Adotando-se o método indutivo, e a partir de revisão bibliográfica e da observação dos fenômenos, foi possível concluir um efetivo programa de *compliance* pode beneficiar não só a empresa, mas também o consumidor através da edificação de uma relação de confiança mútua.

Palavras-chave: gerenciamento de riscos; código de defesa do consumidor; e-commerce; princípio da confiança; internet.

Abstract: Considering that the emergence of the Internet and new media has expanded society's exposure to the most varied risks in the consumer market. In view of this, it was investigated which risk management mechanisms could be adopted to mitigate such exposure. The objective of the work was to verify if the adoption of *compliance* programs can contribute to the protection of the legitimate expectation of the consumer in the context of electronic commerce. Adopting the inductive method, and from the literature review and the observation of the phenomena, it was possible to conclude an effective *compliance* program can benefit not only the company, but also the consumer by building

a relationship of mutual trust.

Keywords: risk management; consumer protection code; e-commerce; principle of trust; internet.

INTRODUÇÃO

A internet proporcionou a desmaterialização de objetos, e, por sua vez, os ambientes virtuais ou digitais transmitem a ideia de quebra de barreiras geofísicas e comunicações instantâneas. Cumpre destacar que as barreiras geofísicas são quebradas sem a utilização da força do homem, bastando um simples teclar no computador. Assim, ao ter conhecimento das potencialidades da grande rede de computadores, logo o homem migrou para o ciberespaço a mais antiga de suas atividades: o comércio.

A extraordinária expansão do comércio eletrônico suscita apreensões ao mundo jurídico. O consumidor notadamente vulnerável da relação consumerista, parece estar ainda mais suscetível aos abusos e/ou prejuízos habituais do mercado de consumo. Se por um lado a Internet proporciona facilidades e comodidades aos sujeitos da relação de consumo, por outro, traz consigo todos os desafios da realidade virtual – espaço virtual, comunicação e diálogo virtuais, estabelecimento virtual e etc. –, com diversos paradigmas a serem transpostos. O que, por sua vez, agrava o problema de confiança entre fornecedor e consumidor, com reflexos nas garantias, no pagamento, na regulamentação dos vícios etc.

A complexidade dos negócios e a velocidade das inovações tecnológicas causaram um verdadeiro “tsunami” de riscos à atividade empresarial, de modo que as empresas acabaram sendo impelidas a aperfeiçoar práticas negociais e a desenvolver processos de gestão de *compliance* para lidar com as atuais incertezas, inclusive com os contratemplos no mercado de consumo.

Nesse passo, a presente pesquisa se propõe a investigar quais mecanismos de gestão de riscos poderiam ser adotados para mitigar tamanha exposição da sociedade de consumo. Ademais, sendo o *compliance* um poderoso instrumento para controle dos riscos legais, que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis, busca-se verificar se a implementação de programas de *compliance* pode refletir positivamente na seara consumerista. Assim sendo, à luz do sistema normativo de proteção ao consumidor, o objetivo desta pesquisa é examinar se a adoção de programas de *compliance* pode colaborar para proteção da legítima expectativa do consumidor no contexto do comércio eletrônico.

Utilizou-se o método indutivo, cujo propósito do raciocínio é chegar a conclusões mais amplas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas nas quais foram fundamentadas. A pesquisa foi desenvolvida em nível exploratório, procurando levantar informações e o detalhamento do objeto de estudo na literatura especializada, lançando mão das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, identificando ali teorias produzidas, analisando-as e avaliando sua contribuição para resolver as principais questões do objeto da investigação.

A pesquisa foi organizada da seguinte forma: na primeira seção buscou-se tratar do cenário de migração do comércio para os ambientes digitais, a influência da Internet e a consolidação do comércio eletrônico; na sequência, examinou-se a sociedade de consumo e a ampliação de sua exposição aos riscos do mercado de consumo no cenário digital e a necessidade de geri-los através de programas de *compliance*; e, por fim, tratou-se da proteção da legítima expectativa do

consumidor através da adoção de programas de *compliance* pelas empresas-fornecedores.

1 A EXPANSÃO DO COMÉRCIO EM AMBIENTES VIRTUAIS

Nesse diapasão, a partir do desenvolvimento da Internet para o uso comercial nos anos 90, o uso massivo das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) tem sido fator preponderante para difusão dos ideais de globalização, trazendo rapidez e eficiência aos meios de comunicação. Atualmente é através da rede mundial de computadores que grandes empresas, instituições públicas e pessoas físicas trocam e compartilham mensagens, dados, arquivos, relatórios, etc.

A Internet tornou-se palco de inúmeras transações comerciais realizadas todos os dias, dando origem ao desenvolvimento do comércio eletrônico. As facilidades da plataforma virtual e o número massivo de potenciais consumidores impulsionam o desenvolvimento dessa modalidade de comércio.

1.1 A INTERNET E O SURGIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA SOCIOTECNOLÓGICO

Em que pese a Internet ter nascido da mente dos cientistas da computação no início dos anos 60, e em 1969 uma rede de comunicações por computador tivesse sido formada, surgindo diversos grupos de computação reunindo cientistas e hackers desde o final da década de 70, para a maioria das pessoas, para os empresários e para a sociedade em geral, foi apenas em 1995 que ela passou a existir (CASTELLS, 2003, p. 19.).

Concebida inicialmente para ser empregada como ferramenta de estratégia militar a tecnologia – conhecida na época como ARPAnet – aos poucos foi deixando de ser interesse exclusivamente militar, se desenvolveu no meio acadêmico e, em meados da década de 90, com expansão superior a todos os outros meio de comunicação conhecidos até hoje, a Internet começou a ser difundida nos moldes como se conhece nos dias atuais.

A Internet pode ser definida como uma rede de computadores interligados por linhas telefônicas, fibras óticas, cabos submarinos, satélite etc., vinculando Universidades, Governos, empresas milhões de pessoas, independentemente de fronteiras geográficas (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 14). De forma mais técnica, Volpi Neto (2011, p. 25.) leciona que a Internet consiste na interligação de redes de computadores de alcance mundial, tendo em comum os mesmos padrões de transmissão de dados, denominados protocolos. O mais conhecido é o TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol)¹, e tal padronização na transmissão é o que permite a milhares de redes a comunicação entre si, formando o que se conhece por Internet..

¹ Ressalta-se que para a identificação de cada unidade conectada à grande rede, cada computador possui um endereço IP – *Internet Protocol* – isto é, um número de identificação daquela unidade computadora. Assim, Teixeira (2020, p. 14) explica que “quando se navega pela internet e se digita um nome de domínio, na verdade está se procurando um endereço IP de um computador que abriga aquele nome de domínio para, assim, estabelecer uma comunicação com ele.”

Em todas as etapas da evolução da Internet² a ideia geral permaneceu a mesma: o compartilhamento de informações. O que se difere em cada uma delas é o público que a utilizou. Enquanto nas duas primeiras têm-se intelectuais, cientistas e a vanguarda da sociedade, na última etapa – e atual – têm-se a popularização do uso, isto é, com a massificação, não apenas os intelectuais tiveram acesso à Rede, mas esta ficou aberta a todas as camadas da sociedade, inclusive as mais populares e com menor cultura (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 15-16).

Atualmente, basta que o indivíduo tenha um aparelho eletrônico – tal como o computador, o celular *smartphone* e etc. – ligado a uma linha telefônica e um provedor que funcionam como bases de comunicação para ter acesso à Internet, são necessários apenas alguns cliques para que um universo surja diante de seus olhos, um novo universo recheado de singularidades, com novas condutas e novos conflitos.

Na mesma velocidade que a propagação da Internet, também surgiram as denominadas redes sociais eletrônicas, tais como o *facebook*, o *twitter*, o *instagram* e o *linkedin*. Sendo um espaço sem limites geográficos, com liberdade de entrada e circulação, com usuários em todo o mundo, as propriedades do ambiente digital fazem da Internet uma plataforma aparentemente ideal e democrática para o desenvolvimento de relações sociais.

Nesse sentido, Castells (2003, p. 98) afirma que “a formação de comunidades virtuais, baseadas sobretudo em comunicação *on-line*, foi interpretada como a culminação de um processo histórico de desvinculação entre localidade e sociabilidade na formação da comunidade.” Desenvolveram-se novos padrões de interação social, ou melhor, “novos padrões, seletivos, de relações sociais substituem as formas de interação humana territorialmente limitadas”.

Pode-se afirmar que a Revolução Digital tem transformado o planeta, assim como a Revolução Industrial modificou as feições de todo o mundo noutro momento. Na tentativa de traçar um paralelo entre cada período, é possível constatar que o que difere ambos é a velocidade surpreendentemente maior com que referidas transformações tem ocorrido nos novos tempos (LUCCA, 2003, p. 132).

A Internet é o novo campo das relações sociais, da economia, da cultura e do diálogo humano. Nota-se a manifestação de uma nova raça de transumantes a partir dos olhares atentos de Vilches (2003, p. 37), que afirma não se tratar de um “espectador passivo dos meios tradicionais, nem o usuário dos meios interativos. Trata-se de emigrantes da rede, em parte viajantes do ciberespaço, mas também um novo contingente de habitantes da rede”³.

A convergência provocada pelas novas Tecnologias de Informação e Comunicação, em especial a Internet, possibilita “novas economias para as empresas, principalmente de custos operacionais, logística, vendas e distribuição, além de instituir um canal de venda personalizada, com maior eficiência para a aplicação do princípio de estoque zero” (PINHEIRO, 2021, p. 23).

² A Grasshopper Team disponibilizou em sua página na internet um infográfico que reproduz e resume bem a evolução e a difusão da internet. Disponível em: <http://grasshopper.com/blog/the-awesome-evolution-of-the-internet-infographic/>.

³ Vilches (2003, p. 37) ainda ressalta que esses indivíduos são donos de pequenos negócios pela rede, trabalhadores conectados, ou usuários-clientes cuja identidade se constrói como nós integrados numa grande rede de sobrevivência, numa economia comumente submersa. São os novos emigrantes do espaço, que reivindicam o direito de viver no território da nova civilização conectada.

A quantidade de trabalho investida nos produtos e serviços é que servia de paradigma de valor na sociedade industrializada, entretanto, na sociedade digitalizada será a quantidade de informação e conhecimento que tais produtos e serviços conseguirem agregar que determinará a formação do paradigma (LUCCA, 2003, p. 133). O palco onde acontecerá a formação desse novo paradigma é um espaço mundializado, ou melhor, um espaço globalizado onde os avanços tecnológicos influenciam a economia, a política e a cultura – o ciberespaço (ambientes virtuais).

Enfim, a modernização ligada às Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) impactam todos os setores da sociedade, de modo que a plataforma digital, onde se encontram conectadas pessoas de diversas camadas da sociedade revelou-se ambiente extremamente propício para o desenvolvimento do comércio (*e-commerce*) – e é nesse contexto fático que se encontra objeto de estudo deste trabalho.

1.2 OS ESTABELECIMENTOS VIRTUAIS E O COMÉRCIO ELETRÔNICO

Ao que tudo indica, com as mudanças paradigmáticas provocadas pelo avanço das tecnologias e por uma nova perspectiva fático-social cunhada, em maior volume, pela difusão da Internet, não se vive apenas uma revolução tecnológica no campo social, mas também no âmbito econômico, com reflexos e efeitos culturais.

Segundo explica Vilches (2003, p. 35) as comunicações – que na Antiguidade começaram com a mercantilização dos barcos para o transporte de produtos e do fluxo migratório, tendo-se prosseguido por todo o período industrial, utilizando-se de meios de transporte terrestres – são agora espaço-virtuais.

A complexidade do assunto, do ponto de vista jurídico, está nas relações resultantes da interação em ambientes digitais, principalmente nas relações comerciais. Afinal, o desenvolvimento da rede mundial de computadores, a difusão da Internet e das novas Tecnologias de Informação e Comunicação permitiram um novo meio de realizar uma das mais antigas atividades do homem – o comércio.

Num contexto social no qual as empresas privadas são a principal fonte de geração de riqueza, não é de se admirar que, depois que a Internet tornou-se disponível nos anos 90, a difusão mais abrangente de seus usos tenha acontecido no domínio dos negócios (CASTELLS, 2003, p. 56.). O futuro da Internet e dos novos meios de comunicação, não está em primeiro lugar nas aplicações visando a expressão e a intercomunicação, mas especialmente do lado da informação comercial, do comércio eletrônico em escala mundial.

Avaliando a Internet por esse ângulo, “é a racionalidade técnica e não o ideal de intercompreensão que a impulsiona. O ideal é de um mundo transformado em um gigantesco mercado.” (WOLTON, 2012, p. 83). Basta digitar algumas palavras-chave em qualquer site de busca e o consumidor – com acesso à Internet – pode encontrar o produto que deseja em qualquer lugar do mundo. Ora, o estudante, por exemplo, já não precisa mais se deslocar até uma livraria especializada para adquirir livros, pois, alguns cliques são suficientes para ele encontrar todas as

obras que deseja adquirir.

O comércio ganhou, sem sombra de dúvidas, novos atributos com a agilidade dos processos de comunicação através da Internet. Características que facilitaram a vida das pessoas e, conseqüentemente, possibilitaram a consolidação do Comércio Eletrônico (e-commerce), que nada mais é do que a globalização do comércio. É basicamente uma operação que consiste em comprar e vender mercadorias pela Internet, ou seja, é a possibilidade do consumidor adquirir produtos de seu interesse via fornecedores que se encontram em qualquer lugar do mundo, sem ao menos sair do conforto do seu lar.

Sucintamente, o *e-commerce* pode ser definido como a compra e venda por meios digitais. Nesse sentido, corrobora Finkelstein (2011, p. 38.) “que o comércio eletrônico nada mais é do que uma modalidade de compra a distância, na qual são recebidas e transmitidas informações por meio eletrônico.”

Em seu guia sobre e-commerce Rob Smith (2000, p. 74) assevera que o comércio eletrônico são negócios conduzidos tão somente por meio de um formato eletrônico. Destaca que são sistemas de e-commerce aqueles que se comunicam eletronicamente uns com os outros e tendo de ser capazes de funcionar normalmente com quaisquer aplicações da Internet que estiver planejando utilizar.

Deste modo, consideram-se para o comércio eletrônico apenas as negociações realizadas através dos mecanismos digitais, entendendo que negociações realizadas através de telefonemas e troca de correspondências não se enquadram nesta categoria.

É aquele que, tanto o vendedor, quanto o comprador, utilizam-se de meios eletrônicos para concluir a negociação, que de acordo com Volpi Neto (2011, p. 30) ocorre em três etapas básicas: (1ª) a busca do produto por meio dos sites das empresas, ou seja, utilizando uma plataforma de comércio eletrônico; (2ª) é o pedido e o pagamento; (3ª) é a entrega do produto, seja em *bits* ou átomos.

O comércio eletrônico é assim como uma loja comum, existe o vendedor, existem mercadorias, é claro, e existe o consumidor interessado, porém, ao invés de se encontrarem em um estabelecimento físico, os interessados encontram-se em um estabelecimento virtual, ou seja, na localização do comércio.

O art. 1.142 do Código Civil estabelece que estabelecimento empresarial é “[...] todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.”(BRASIL, 2002). Conforme leciona Teixeira (2020, p. 140) que um dos temas mais relevantes quanto ao estabelecimento empresarial é a questão do ponto comercial, sendo a localização física ou lugar do comércio. Na Internet, a localização virtual é dada por um nome de domínio de um *site*, de modo que é através desse endereço eletrônico (*site*) que a atividade do empresário – atuante no comércio eletrônico – passa a ser difundida e desenvolvida, pois é ali que seus clientes podem fazer as compras.

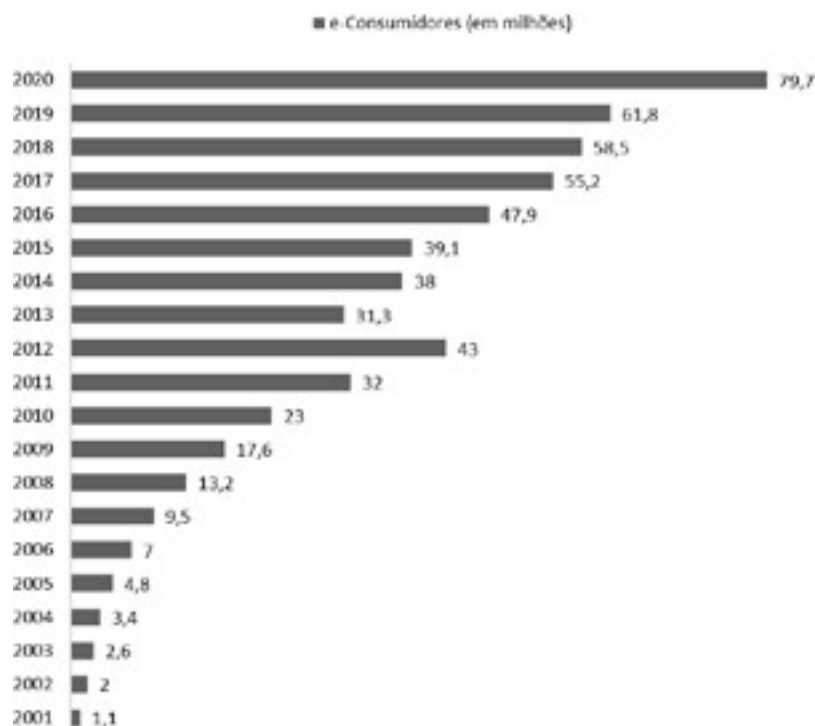
Cavaliere Filho (2019, p. 305, grifo do autor) afirma que o comércio eletrônico oferece muitas vantagens, e segundo ele merece destaque:

[...] a **comunicação em tempo real** com qualquer parte do mundo e a **drástica redução dos custos das transações**. Com efeito, a instalação de uma página permite que seja vista de qualquer parte do mundo, possibilitando um contrato rápido, com custo baixo e a negociação pode ser feita em tempo real. A publicidade chega à casa do consumidor, as condições gerais da contratação estão inseridas nas páginas web e a aceitação pode ser feita mediante um simples clique com o mouse.

Nesse sentido, cabe frisar que a extraordinária expansão do comércio eletrônico se justifica pela redução de custos administrativos, com o encurtamento de prazo entre a distribuição e intermediação, tendo em vista a possibilidade de poder operar durante todo o dia, a transposição de barreiras nacionais, facilitando o comércio exterior e a maior celeridade nas transações comerciais.

No Brasil, o ato de fazer compras pela Internet já deixou de ser uma novidade e passou a se tornar um hábito. O gráfico 1 foi elaborado com base nos estudos divulgados entre 2014 e 2020 pela E-bit⁴, apontando que cada vez mais brasileiros sentem-se seguros e confortáveis ao efetuarem suas compras através do comércio eletrônico.

Gráfico 1 – Número de e-Consumidores no Brasil



Fonte: Elaborado pelos autores (2022).

Não se pode deixar de notar que 2001 havia pouco mais de 1 milhão de consumidores *online*, enquanto em 2011 já eram mais de 32 milhões, ou seja, em pouco mais de 10 anos houve um salto de mais de 30 milhões de consumidores na Internet. Adiante, de acordo com estudo realizado

⁴ É uma empresa reconhecida hoje como a mais respeitada fonte de informações sobre comércio eletrônico no Brasil. Disponível em: <<http://www.ebit.com.br/>>.

em 2020, registrou-se que 79,7 milhões de pessoas que fizeram, pelo menos, uma compra *on-line* ao longo do ano no Brasil. 13,2 milhões deles compraram pela primeira vez em 2020, principalmente, por meio de dispositivos móveis.

Estes são dados que não podem ser ignorados pelo Direito ou pelas Ciências Jurídicas, tornando a presente pesquisa fundamental para o desenvolvimento de um comércio eletrônico juridicamente sadio e seguro.

2 O CONSUMO NA SOCIEDADE DE RISCO E O PAPEL DO *COMPLIANCE*

É devido ao massivo aumento das compras *on-line* no Brasil que se tornou imprescindível examinar os aspectos e reflexos jurídicos do comércio eletrônico. Acontece que não se chegou neste estágio da noite para o dia. Desde a industrialização – cujo pontapé inicial é a Revolução Industrial entre os séculos XVIII e XIX –, com a produção em larga escala e o acirramento da competitividade, que a sociedade se desenvolve em um ritmo cada vez mais acelerado. Acredita-se, assim como Mulholland (2006, p. 58), que a “sociedade de massa” – derivada da expressão “produção em massa” – onde a “automação do processo produtivo, a produção e o consumo em massa bem como a distribuição em cadeia dos produtos geraram transformações profundas na sociedade.”

O consumismo é a marca registrada da sociedade contemporânea, a efemeridade dos produtos e serviços nela produzidos promove o aumento da celeridade e intensidade das relações consumeristas. Bauman (2008, p. 41) esclarece que de “maneira distinta do consumo, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o consumismo é um atributo da sociedade”.

Enquanto o consumo é uma prática natural, isto é, um ato inerente ao ser humano em suas múltiplas feições, tendo em vista que é a partir do ato de consumir que se suprem os anseios dos indivíduos; o consumismo tem por característica instigar os indivíduos a ter cada vez mais desejos, resultando na repetida e cada vez mais intensa atividade de consumo.

A cultura do consumo em massa, iniciada principalmente após a Revolução Industrial no século XVIII, está agora consolidada com a evolução da informática e dos meios de comunicação do século XX. Todavia, por mais inofensivos que fossem os atos humanos voltados ao consumo, as drásticas mudanças no comércio promoveram uma ampliação dos riscos e ameaças aos quais a sociedade dita consumidora esta exposta.

Acontece que, por vezes, existe um embaraço social, fecham-se os olhos para os riscos, pois parecem todos estarem condicionados a fazê-lo. Não se nota que independente da classe social ou etnia todos estão fadados a enfrentar os impactos de uma sociedade consumista ao extremo.

Ao se sobrepor as situações problemáticas da sociedade de classes, da sociedade industrial e da sociedade de mercado, de um lado, e aquelas da sociedade de risco, de outro, Beck (2010, p. 54) afirma que a lógica da produção de riqueza, dadas as relações de poder e os critérios de

relevância vigentes, acaba por prevalecer – e justamente por conta disto prevalece no fim das contas a sociedade de risco. A “sociedade de risco” é vislumbrada por Beck (2010, p. 56) como uma oportunidade de mercado, já que “é precisamente com o avanço da sociedade de risco que se desenvolvem como decorrência as oposições entre aqueles que são *afetados* pelos riscos e aqueles que *lucram* com eles”.

Nesse sentido, reconhecendo o consumidor como vulnerável nas relações jurídicas de consumo, a Lei n. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) – estabeleceu um microsistema de proteção, cuja finalidade é reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista e limitar as práticas nocivas de mercado. Contudo, Monteiro (2020, p. 37) afirma que somente “as regras e princípios consagrados no Código de Defesa do Consumidor ainda não foram capazes de garantir a eficácia pretendida, sendo necessária a adoção de outras formas de resguardar os direitos do consumidor”.

Cavaliere Filho (2019, p. 241) explica que o consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, pelo contrário, devem ser socializados, cabendo ao fornecedor (empresário) repartir equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços e dos seguros sociais.

Fato é que essa maior propensão aos danos não se restringe apenas as camadas periféricas ou vulneráveis, mas podem atingir mesmo aqueles que se beneficiam dos riscos, principalmente na sociedade de consumo. Assim sendo, é cada vez mais comum que as empresas invistam em processos de gestão de riscos como parte integrante de todas as atividades da organização, pois “saber lidar com o grupo dos riscos já é um grande passo para a perpetuação da atividade empresarial, na medida em que a competição no mercado constitui por si só uma variável exógena de risco a ser considerada.” (CARVALHO; BERTOCCELLI; ALVIM, 2021, p. 21).

Desse modo, o foco estratégico empresarial recai sobre a necessidade de redução de riscos por meio de controles internos para uma gestão de *compliance* que possa “contribuir para o aumento da eficiência dos processos, reduzindo a ocorrência de situações de riscos e outras que comprometam a produtividade da organização.” (NUNES, 2021, p. 80).

O termo *compliance* já foi incorporado ao vocabulário jurídico brasileiro – principalmente no que se relaciona às atividades econômicas e empresariais. Do inglês, *to comply*, a expressão *compliance* significa cumprir. Associando-a aos domínios da área jurídica, é preciso recordar que o Direito, de acordo com Kelsen (1998, p. 5) “é um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Com o termo ‘norma’ se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira.”

Pode-se dizer, de forma resumida, que *compliance* é o ato de cumprir – estar em conformidade com – a norma jurídica, a legislação e os marcos regulatórios. “Compliance é estar em consonância com o que é ético, moral e transparente. Processos cumpridos de acordo com o previsto demonstram a existência do Compliance.” (KUZNECOV, 2019, p. 163-164). Se isso clarifica a definição de *compliance*, diz muito pouco a respeito da abrangência de seu conceito ou

de como propriamente tais programas são estruturados.

Muito além do mero cumprimento de normas jurídicas, o *compliance* – sob aspecto empresarial – “é uma ferramenta capaz de auxiliar a concretização da missão, da visão e dos valores das empresas, tendo em vista que a conformidade idealizada pelo instituto conduz ao alcance dos objetivos traçados quando de sua emergência para a sociedade.” (FERREIRA; ROSA, 2018, p. 15).

Frisa-se que os riscos que as empresas usualmente têm de lidar geralmente são: (1) risco reputacional, (2) risco de conformidade, e (3) risco legal (regulatório). Assim, pode-se dizer que *compliance* – no recorte epistemológico proposto – é o ato de observar a lei e marcos regulatórios para estabelecer uma cultura empresarial que busca reduzir o risco à reputação, bem empresarial de maior valor no mercado.

O risco legal/regulatório “relaciona-se a não conformidade com leis, regulações e padrões de compliance que englobam matérias como gerenciamento de segregação de função, conflitos de interesse, adequação na venda dos produtos, prevenção à lavagem de dinheiro etc.” (COIMBRA; MANZI, 2010, p. 2).

Daí que se fala em *compliance* trabalhista, tributário, sanitário e etc. – e do mesmo modo, conforme leciona Miragem (2022, p. 37), pode-se falar em “compliance de consumo, assim considerado em vista da conformidade de atuação da sociedade empresária na condição de fornecedora de produtos e serviços, às normas de proteção do consumidor”.

Nesse sentido, Carvalho e Dutra (2022, p. 621) afirmam que:

[...] a pertinência da proteção do consumidor no âmbito empresarial e a conexão entre tais matérias são inequivocamente vislumbradas na estruturação da Política Nacional de Relações de Consumo empreendida pela legislação de regência, cuja característica principal é o esforço de harmonização dos interesses e perspectivas dos agentes envolvidos.

No que se refere aos consumidores, o planejamento estratégico empresarial deve estar voltado à implantação de estruturas de tomada de decisão tendo por norte a obrigação da observância das normas do Código de Defesa do Consumidor (ALMEIDA, 2022, p. 75).

Desse modo, a adoção de procedimentos de *compliance* no âmbito das relações de consumo – principalmente no cenário digital – relaciona-se ao cumprimento das obrigações legais impostas pela legislação consumerista, de modo que o objetivo de realização da atividade empresarial passe a estar alinhado ao escopo legal de respeitar as pessoas a ela vinculadas, prevenindo suas atividades ilícitas e possíveis danos a consumidores, além de – indiretamente – resguardar os próprios direitos e reputação da empresa.

3 BOAS PRÁTICAS DE MERCADO E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO COMÉRCIO EM AMBIENTES VIRTUAIS

O número de consumidores que passou a optar por fazer compras *on-line* esta aumentando rapidamente, como se viu na seção 1.2. A utilização das novas tecnologias de comunicação, em especial a Internet, para realização de transações no mercado de consumo é cada vez mais rotineira e necessária – como nos tempos pandêmicos –, o que acaba ampliando significativamente os riscos aos quais está exposto o consumidor.

Isso porque os processos de identificação do mundo real são diferentes da forma à qual o plano virtual se apresenta. No plano físico, se alguém entra numa loja, existem exigências municipais que regulam o seu funcionamento, marcas registradas, elementos físicos, o que transmite uma certa segurança. Enquanto no plano virtual o sujeito se pergunta: aquele que se apresenta como um banco, é um banco?; a página que diz ser de uma companhia de turismo pertence realmente a ela? A rede dilui a potencialidade dos processos de identificação e de autoria (LORENZETTI, 2004, p. 46).

Diante deste cenário, Cavalieri Filho (2019, p. 306) destaca que os princípios da confiança, da informação e da segurança ganham maior relevância, pois o vertiginoso aumento de consumidores eletrônicos se deve principalmente à confiança nas lojas virtuais. No mesmo sentido, Marques (2004, p. 97) afirma que o consumidor que decide contratar através do comércio eletrônico terá de confiar no funcionamento do complexo sistema da Internet, que o fornecedor cumprirá sua parte, que seus interesses econômicos serão preservados e que também os seus direitos da personalidade e sua privacidade continuarão a ser protegidos.

Não se pode olvidar que devido à sua característica imaterial, sempre irá pairar sob o ambiente virtual certa insegurança e desconfiança. Sendo assim, Klee (2012, p. 428) explica que se deve lançar mão do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos (lealdade, informação, transparência, esclarecimento, veracidade, honestidade e probidade) visando garantir a tutela da confiança depositada pelos consumidores na realização de negócios celebrados por meio da Internet.

Ao contratar, o consumidor deposita legítimas expectativas no produto ou no vínculo contratual, isto é, confia na conduta ética e leal do fornecedor. Conforme lecionam Medina e Araújo (2014, p. 394) as “partes, quando firmam uma relação contratual, se fragilizam, porque confiam, o que justifica a proteção séria desta confiança que é a base de sustentação de todo sistema jurídico negocial.”

A postura da empresa-fornecedor, portanto, deve ser a de e não frustrar ou abusar da confiança nele depositada, isto é, tornar real a expectativa legítima do consumidor – em atenção ao princípio da confiança. Com a assunção de riscos e responsabilidades pelos possíveis vícios e defeitos dos produtos e/ou serviços – tal como estabelece o CDC – o fornecedor passa uma mensagem de segurança e previsibilidade ao mercado consumidor.

Fica evidente, mais uma vez, a importância da gestão de riscos, pois esta “leva a uma

mitigação de futuras transgressões as regras legais e éticas da empresa, trazendo uma resposta aos riscos apontados”, coadunando-se com a norma consumerista que “traz na sua essência a regra da prevenção de danos aos consumidores, sendo o pilar da análise de risco um dos mais importantes para a implantação de uma política de conformidade consumerista” (DANTAS; DENSA, 2022, p. 96).

A implementação de programas de *compliance* tornam as práticas empresariais mais próximas da ética, refletindo diretamente na forma como a empresa se posiciona no mercado de consumo e, conseqüentemente, na forma como é vista pela sociedade dita “de consumo”. Nesse sentido, Monteiro (2020, p. 37) expõe que:

Essa lisura no agir constrói, portanto, um novo padrão de comportamento, o qual vai sendo incorporado pela cultura organizacional, se expandindo pela coletividade, como forma objetiva, clara e justa, de se conformar com as regras de consumo, bem como com as políticas de integridade da própria empresa.

O *compliance* consumerista, segundo Miragem (2022, p. 40), “pressupõe a identificação dos riscos de violação das normas de proteção do consumidor, o que permite serem tomadas providências para prevenir tais situações, e naquelas que não sejam impedidas, a rápida identificação e resposta aos consumidores”.

Adiante, verifica-se que o “programa de compliance vai muito além da elaboração de um documento escrito. É preciso colocar em prática todas as ações acima elencadas” (DANTAS; DENSA, 2022, p. 100). Nessa toada, Siqueira e Micheletto (2018, p. 83) afirmam que:

[...] as práticas compliance, para surtirem efeitos positivos, devem ser incorporadas por toda cadeia hierárquica da empresa, sua implantação é uma ferramenta importante para alcançar um ambiente transparente, ético e de confiança que resguarde os direitos consumeristas e, portanto, tenha em seus clientes uma relação de credibilidade entre a entidade corporativa e o consumidor.

A consolidação do programa depende primeiramente da elaboração de um código de conduta, isto é, um conjunto de normas internas que estabeleçam orientações e condutas éticas que devem ser adotados dentro da empresa. Não apenas isso, mas “ali estão princípios e valores morais que nem sempre constam da legislação, mas que ela permite que sejam normatizados conforme a empresa.” (NEVES, 2018, p. 38).

Para certificar-se da aderência ao programa de *compliance*, Dantas e Densa (2022, p. 101) afirmam ser “necessário que os colaboradores da empresa conheçam e entendam as regras e objetivos daquele planejamento. Assim, é necessário investir no treinamento e comunicação das regras estabelecidas em Código de Conduta.”

Outro pilar importante para um efetivo programa de *compliance* é a criação de um canal de denúncias, que “nada mais é do que a disponibilização de um meio facilitador, catalisador, para o recebimento dos incidentes negativos envolvendo as regras empresariais” que, aliás, “permite o conhecimento de irregularidades e desvios que não seriam trazidos à tona por outra forma.”

(FRANCO, 2020, p. 202).

Dessa maneira, assumido condutas éticas – prezando pela honestidade –, estabelecendo uma cultura de coibição de abusos e criando instrumentos de prevenção de riscos e minimização de danos, a empresa acabará atraindo melhores propostas de negócios e mais consumidores. “A empresa que adota essa postura, minimiza desvantagens que a concorrência pode trazer, reduzindo também distorções de mercado que poderiam beneficiar aquelas que não evitam as práticas contrárias aos valores éticos.” (MONTEIRO, 2020, p. 38).

Ressalta-se que o valor de uma empresa está intimamente relacionado à sua reputação, e se uma empresa for mencionada na imprensa ou na mídia, mesmo em violações isoladas, cometidas por funcionários, a reputação da empresa pode ser prejudicada e pode passar a ser conhecida no mercado de consumo como uma empresa desonesta ou desleal.

Siqueira e Micheletto (2018, p. 82-83) afirmam que “a implantação da política de compliance na corporação, além de minimizar os riscos de multas e ações judiciais e danos pecuniários, também faz com que haja uma relação de credibilidade entre empresa e consumidor.” Ademais, “para além de assegurar o respeito dos direitos do consumidor no contrato de consumo, repercutem sensivelmente na redução de litígios, e de todos os custos a eles inerentes” (MIRAGEM, 2022, p. 45).

Enfim, não há dúvida de que a implementação de uma política de boas práticas estruturada por meio de um rigoroso programa de *compliance* reduz o risco legal (ou regulatório) para as empresas e traz maior confiabilidade aos consumidores. A credibilidade da empresa-fornecedor – certificada por meio dos programas de *compliance* – é fundamental para a (re)conquista da confiança do consumidor, principalmente nas relações consumeristas em ambiente virtual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Internet e as novas Tecnologias de Informação e Comunicação causam a percepção de que o mundo está sendo transformado em um grande e único espaço social, político, cultural e econômico, compartilhado por todos os membros da sociedade mundial. Os modernos meios de comunicação estimularam sobremaneira as relações sociais em nível global, conectando indivíduos localizados em qualquer lugar do planeta.

Observou-se que devido às características próprias da Internet, vários setores da sociedade seguem ininterruptamente migrando para o ciberespaço. O comércio tem sido o setor que mais cresceu dentro da plataforma virtual. Considerando a comunicação instantânea com qualquer parte do mundo e a drástica redução dos custos das transações, presencia-se o mundo sendo transformado em um gigantesco e globalizado mercado, cujos negócios são conduzidos por meio de aparelhos eletrônicos conectados à grande rede.

Por mais inofensivos que pareçam os atos humanos voltados ao consumo, as drásticas mudanças no comércio ampliaram os riscos e ameaças aos quais a sociedade dita consumidora

esta exposta. A presença desses riscos abala a confiança do consumidor diante da forma como as empresas-fornecedores se posicionam no mercado de consumo em ambientes digitais.

Conseqüentemente, o *compliance* consumerista ganha força na medida em que se percebe a necessidade de se estar em conformidade com os ditames do Código de Defesa do Consumidor. Como se viu, as práticas de *compliance* representam, de fato, um instrumento utilizado pelas próprias empresas para identificar e reduzir riscos, coibir abusos e prevenir danos nas relações com seus parceiros e consumidores.

A adoção de uma postura ética pela empresa-fornecedor reflete diretamente na sociedade, agregando credibilidade a sua reputação e estabelecendo uma relação de confiança com o seu público alvo. Sendo ainda capaz de minimizar os riscos de danos – e, conseqüentemente, de ações judiciais e multas administrativas – a empresa transmite ao mercado uma imagem de segurança e previsibilidade, sendo também capaz de gerar a fidelização do seu cliente-consumidor.

Enfim, pode-se concluir que um efetivo processo de gerenciamento de riscos e a implementação de um programa de *compliance* trazem benefícios a empresa que são – direta ou indiretamente – transferidos ao consumidor. O *compliance*, mais do que simplesmente observar as normas de proteção ao consumidor, propaga valores morais e condutas éticas capazes de transformar a cultura negocial, eliminar de práticas nocivas do mercado e manter a reputação da empresa íntegra.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Eduardo. Governança corporativa, compliance e riscos como instrumento para efetivação das normas do CDC. *In: MIRAGEM, Bruno; DENSA, Roberta (coord.). Compliance e relações de consumo*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 19-31

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em:

CARVALHO, Ana Luísa Macêdo; DUTRA, Yasmin Oliveira. Compliance consumerista: um estudo da qualidade dos programas de integridade das companhias listadas no novo mercado brasileiro. *In: PINHEIRO, Caroline da Rosa (coord.). Compliance entre a teoria e a prática: reflexões contemporâneas e análise dos programas de integridade das companhias listadas no novo mercado*. Indaiatuba: Foco, 2022. p. 297-317.

CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa. **Manual**

de compliance. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (coord.). **Manual de compliance:** preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

DANTAS, Cecília; DENSA, Roberta. Notas sobre compliance no âmbito das relações de consumo. *In:* MIRAGEM, Bruno; DENSA, Roberta (coord.). **Compliance e relações de consumo.** Indaiatuba: Foco, 2022. p. 33-51.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; ROSA, André Luís Catelli. Compliance: contribuição ao desenvolvimento social por meio da *Foreign Corrupt Practices Act*. **Revista de Direito Empresarial**, Belo Horizonte, ano 15, n. 2, p. 13-32, maio/ago. 2018.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do comércio eletrônico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FRANCO, Isabel. **Guia prático de compliance.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. *In:* MARQUES, C. L. (coord.). **Diálogo das fontes:** do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KUZNECOV, Natalia. Cláusulas contratuais para mitigação de riscos relacionados à reputação em virtude de violações à Lei nº 12.846/13. *In:* KLEINDIENST, Ana Cristina (coord.). **Grandes temas do direito brasileiro:** compliance. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico.** Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUCCA, Newton de. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática.** São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, Claudia de Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAUJO, Fábio Caldas de. **Código civil comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MIRAGEM, Bruno. Compliance e o direito do consumidor: aspectos conceituais. *In*: MIRAGEM, Bruno; DENSA, Roberta (coord.). **Compliance e relações de consumo**. Indaiatuba: Foco, 2022.
- MONTEIRO, Marli. Compliance nas relações de consumo. **Revista JurisFIB**, Bauru, v. 10, n. 2, p. 29-41, 2020.
- MULHOLLAND, Caitlin. **Internet e contratação**: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NEVES, Edmo Colnaghi. **Compliance empresarial**: o tom da liderança. São Paulo: Trevisan, 2018.
- NUNES, Leandro Belloc. **Advocacia corporativa em disrupção**: a nova gestão jurídica empresarial, teoria e prática. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Direito e internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SIQUEIRA, Felipe de Poli de; MICHELETTO, Francieli. Compliance consumerista: uma relação de credibilidade entre a entidade corporativa e o consumidor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 71-87, jul./dez. 2018.
- SMITH, Rob; SPEAKER, Mark; THOMPSON, Mark. **O mais completo guia sobre e-commerce**. São Paulo: Futura, 2000.
- TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito digital e processo eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- VILCHES, Lorenzo. **A migração digital**. Tradução: Maria Immacolata Vassallo de Lopes. São Paulo: Edições Loyola, 2003.
- VOLPI NETO, Angelo. **Comércio eletrônico**: direito e segurança. Curitiba: Juruá, 2011.
- WOLTON, Dominique. **Internet, e depois?** Uma teoria crítica das novas mídias. Tradução de Isabel Crosseti. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

Como citar: OLIVEIRA, Diego Bianchi de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Compliance no comércio eletrônico e a proteção da legítima expectativa do consumidor. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 54-70, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p54-70. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 05/07/2022.

Aprovado em: 16/11/2022.

LIBERDADE ECONÔMICA E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NAS RESTRIÇÕES AMBIENTAIS DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

ECONOMIC FREEDOM AND THE SOCIAL
FUNCTION OF COMPANY ON ENVIRONMENTAL
RESTRICTIONS OF PERMMANENT
PRESERVATION AREAS

Eloy Pereira Lemos Junior*
José Augusto Dutra Bueno**

*Pós-doutor em Direito
Empresarial (Pontifícia
Universidade Católica de Minas
Gerais -PUC/MG)
Doutor em Direito (Universidade
Federal de Minas Gerais – UFMG/
MG)
E-mail: eloy.junior@uol.com.br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7968-7279>

**Mestrando em Direito
(Universidade de Itaúna – UIT/
MG).
Especialista em Direito Processual,
Direito Ambiental e Minerário
(Pontifícia Universidade Católica
de Minas Gerais – PUC/MG).
Bacharel em Direito (Faculdade
Pitágoras de Divinópolis –
Pitágoras/MG).
E-mail: joseaugustobuenoadv@
gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6736-6208>

Como citar: LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BUENO, José Augusto Dutra. Liberdade econômica e a função social da empresa nas restrições ambientais das áreas de preservação permanente. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 71-90, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p71-90. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Com o advento da Lei da Liberdade Econômica foi avaliada a possibilidade prática do devido equilíbrio da função social da empresa, com os aspectos econômicos e ambientais, com ênfase nas áreas de preservação permanente. O trabalho teve como escopo o reconhecimento dos direitos individuais, sua integração com os direitos fundamentais, o respeito à democracia e ao desenvolvimento sustentável. Assim, mediante estudo bibliográfico, teórico e documental associado à análise crítico-reflexiva, com a utilização do método lógico-dedutivo, fundado em premissas, associadas à argumentos, foi possível a compreensão pragmática da viabilidade da harmonização daqueles direitos com a sustentabilidade e o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito ambiental. Direito constitucional. Direitos fundamentais. Liberdade econômica. Áreas de Preservação Permanente.

Abstract: After the innovation of Economic Freedom Law was verified the practical possibility of equal balance between the social function of company, with economic and environmental aspects, focused on permanent preservation areas. The work had as objectives the recognition of individual rights, it's integration with fundamental rights, the respect for democracy and sustainable development. Therefore, using bibliographical, documental and theoretical research associated with critical, analytical and

reflexive study, by means of logical and deductive method, based up premises and arguments was achieved the comprehension of pragmatic possibility of harmony of that rights with sustainability and with the Democratic State of Law.

Keywords: Environmental law. Constitutional law. Fundamental rights. Economic freedom. Permanent Preservation Areas.

INTRODUÇÃO

Nossa sociedade vem observando mudanças recentes na legislação que visam regular e garantir o livre exercício das atividades econômicas, como ocorreu por meio da Lei federal nº 13.874/2019 (Liberdade Econômica). Esta norma apresenta diversos direitos aos empreendedores, pautada em um ideário de liberdade e de limitação da intervenção do Estado em face dos indivíduos.

Nesse sentido, certamente os direitos e garantias individuais como de liberdade previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, tem como resultante o direito à livre iniciativa e da prática das atividades econômicas, sendo um fator importante para a geração de riquezas e reconhecidamente válida na propulsão do desenvolvimento de uma nação.

Contudo, a liberdade, como basicamente todos os direitos, não é ilimitada, mas deve estar em sintonia com os demais direitos envolvidos, como aqueles referentes aos outros indivíduos e à coletividade, e, portanto, não pode prejudicá-los.

Assim sendo, quanto ao aspecto do exercício das atividades econômicas, conforme disposto no artigo 170, da Constituição Federal de 1988, o livre empreender não é irrestrito, e necessário se faz compreender o equilíbrio que deve existir entre todos os direitos de uma sociedade, que constituiu a ideia e busca construir um Estado Democrático de Direito.

Deste modo, esta situação inevitavelmente resulta na necessidade de consideração da proteção ambiental de maneira plena, incluindo as áreas protegidas, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, como condição indispensável ao Desenvolvimento Sustentável. Portanto, contempla as áreas de preservação permanente, descritas na Lei federal nº 12.651/2012 (Código Florestal).

Diante disso, para uma reflexão adequada sobre a harmonização destes direitos e interesses aparentemente contrapostos, mas que podem alcançar um equilíbrio desejável, foi proposta uma aferição por meio de estudo bibliográfico, documental e teórico, bem como uma análise e visão crítica/reflexiva sobre o tema.

Além disso, com o uso do método lógico-dedutivo, no qual a partir de ideias basilares e premissas fundamentais, prosseguiu-se então para a utilização de argumentos lógicos para chegar a conclusões necessárias no sentido de balancear estes direitos na análise de casos concretos, quanto a empreendimentos e suas correlações com a proteção ambiental, já que esta é condição indispensável para a consecução de uma sustentabilidade, que integra os aspectos econômicos, sociais e ambientais.

1 LIBERDADE ECONÔMICA DO EMPREENDEDOR

A liberdade sempre foi uma ideia e valor que mexe com o ser humano em função dos sentimentos que dela decorrem e inegavelmente foi uma compreensão que chegou à mente das pessoas e que propiciou grandes avanços na civilização como um direito a todos os cidadãos.

Nesse sentido, superados momentos históricos de guerras, de barbáries, com a chegada da Idade Moderna e Contemporânea, passou o ser humano, nas sociedades ocidentais, inclusive defender que estes direitos individuais como da Liberdade eram legítimos de serem assegurados pelos Estados. Assim, “a proteção do sistema jurídico passou a ser direcionada para o indivíduo contra a interferência do Estado em sua vida privada” (ALMEIDA, 2008, p. 163).

Deste modo, passou-se a limitar a atuação do Estado na vida das pessoas “entendida como esfera de ação em que o indivíduo não está obrigado por quem detém o poder coativo a fazer aquilo que não deseja ou não está impedido de fazer aquilo que deseja”. (BOBBIO, 2017, p. 48)

Sob estas bases teóricas foi pautada e aprovada a Lei federal nº 13.874/2019, que defende a Liberdade Econômica, conforme se verifica de seu artigo 1º:

Artigo 1º - Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do artigo 1º, do parágrafo único do artigo 170 e do caput do artigo 174 da Constituição Federal.

§ 1º - O disposto nesta lei será observado na aplicação e na interpretação do direito civil, empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente. (BRASIL, 2019)

Deste modo, “é correto dizer que a liberdade de iniciativa econômica é um dos mais caros princípios da ordem econômica. O objetivo fundamental do desenvolvimento é por ele mais bem viabilizado.” (PETTER, 2011, online)

Contudo, apesar da descrição e linguagem utilizadas, trata-se de lei federal que pode ser considerada sob prisma positivo, mas precisará também se alinhar sistemicamente às demais normas jurídicas vigentes. Para isso, sua aplicabilidade deve estar em conformidade com os direitos e garantias fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Logo, a preocupação genuína com a valorização da liberdade econômica precisa ser inclusiva, de forma a assegurar esse direito fundamental a todos. Em um país desigual como o nosso, tal objetivo jamais será atingido sem regulação e política públicas que procurem reduzir as desigualdades. (FRAZÃO, 2020, p. 117-118)

Assim, verifica-se que citada lei apresenta ênfase quanto aos aspectos econômicos, ressaltando o princípio da boa-fé dos indivíduos, da garantia da liberdade e de um Estado limitado, com a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas, fator que denota sua marca e característica significativamente liberais.

Artigo 2º - São princípios que norteiam o disposto nesta lei:

- I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;
- II - a boa-fé do particular perante o poder público;
- III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de

atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência. (BRASIL, 2019)

Vale observar também a menção no inciso IV, do artigo 2º, quanto ao reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado, o que certamente em certos casos pode ser um fato. Contudo, salutar foi também a menção do parágrafo único, quanto à possibilidade de afastamento deste princípio legal, em casos de má-fé e reincidência ou mesmo de força econômica considerável, haja vista que na presente realidade muitas vezes grandes empresas e multinacionais chegar a rivalizar no aspecto do poder com relação aos Estados.

Neste sentido, vale reconhecer o importante papel relacionado à iniciativa privada abarcado na Lei federal nº 13.874/2019, no qual o empreendedorismo dos particulares age com força motriz para o crescimento econômico. Contudo, vale complementar que também existe a possibilidade no ordenamento jurídico pátrio da atuação do Estado na esfera econômica.

“Segundo o professor Eros Roberto Grau, pode haver atuação estatal sobre a economia mediante: (a) atuação pela prestação de serviços públicos; (b) intervenção por absorção ou participação; (c) intervenção por direção; e (d) intervenção por indução.” (FALCÃO, et. al. 2013, p. 579)

Assim, a citada Lei federal nº 13.874/2019 segue a linha dos direitos e garantias individuais, como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, no artigo 5º, caput, I e II, da Constituição Federal de 1988. Contudo, vale lembrar que além do direito à liberdade e propriedade, estes mesmos dispositivos normativos trazem também a necessidade da igualdade e legalidade.

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; (BRASIL, 1988)

Assim sendo, além da liberdade econômica, esta precisará considerar aspectos referentes à igualdade, como bem apresenta o jurista norte americano Ronald Dworkin ao trazer a ideia de as pessoas serem dignas de igual valor e consideração (DWORKIN, 2010, p. 281). Ademais, deverá considerar a proteção ambiental que é assegurada como direito fundamental, por previsão no artigo 225, caput, e §1º, nos incisos I a VII, e §3º da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, para o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à qualidade de vida, a ser preservado para as presentes e futuras gerações, torna-se indispensável cumprir o

Desenvolvimento Sustentável. Assim, “os princípios que regem o desenvolvimento ambiental e socialmente sustentável devem pautar e vincular as condutas públicas e privadas no seu trânsito pela órbita econômica. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 122)

Este tema não deixa de ser atual, tendo em vista as recentes discussões sobre atividade de mineração na região e proximidades da Serra do Curral na cidade de Belo Horizonte/MG, que apresenta reflexões importantes sobre exatamente até que ponto deve ir a liberdade das atividades econômicas e os limites que estas precisam observar quanto aos direitos coletivos e difusos envolvidos como quanto à proteção ao meio ambiente, bem como dos aspectos histórico-culturais e também os reflexos sociais que decorrem destas atividades. (OTEMPO, 2022)

Portanto, reconhece-se que a liberdade dos indivíduos é direito indispensável e deve ser considerado quando se fala de propriedade, pois “em última instância, essa questão tem que ver com o problema do livre-arbítrio, pois a propriedade privada é essencial para qualquer projeto que reconheça que o homem pode escolher entre o melhor e o pior. (WEAVER, 2016, p. 163)

Contudo, é inafastável também que além do direito de escolha dos indivíduos que integram a sociedade, precisam ser considerados os reflexos destes sob os demais, isto é, necessita ser considerado uns direitos de liberdade, mas equilibrados com os direitos dos demais indivíduos, fator que inclui de forma inafastável a proteção para um meio ambiente equilibrado, já que “a todos a Constituição comanda que defendam o meio ambiente.” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 125)

Quanto a este ponto, a norma constitucional é clara em seu texto, no artigo 225, §3º, ao descrever as três esferas de responsabilidade quanto a esfera ambiental e ao dispor que condutas e atividades que prejudiquem ao meio ambiente ensejarão que pessoas físicas ou jurídicas tenham aplicadas em seu desfavor sanções cíveis, penais e administrativas, além das obrigações de reparar dos danos ambientais causados.

Deste modo, a compreensão da liberdade deve ser assegurada sempre, mas até o momento em que esta não cause prejuízo aos direitos dos demais, situação na qual precisará ser limitada para respeitá-los, como no caso de regras expressas, e sendo passível de ser sopesado em aplicação principiológica, em face das demais circunstâncias envolvidas no caso concreto, não ferindo a proteção ambiental, inclusive em seu aspecto intergeracional, para o alcance do equilíbrio do direito para todos.

2 EQUILÍBRIO COM A FUNÇÃO SOCIAL E PROTEÇÃO AMBIENTAL

Uma vez considerada a liberdade individual e sua expressão como um valor fundante em nossa sociedade democrática, o que inclui o exercício das atividades econômicas, cumpre, portanto, aprofundar no aspecto do sopesamento deste direito com os demais relacionados.

A necessidade de equilíbrio do exercício da atividade econômica com suas múltiplas facetas e aspectos correlacionados é bem expresso pelo artigo 170, em seus incisos I a IX, da

Constituição da República Federativa do Brasil, que assegura, por exemplo, a propriedade privada, mas harmonizada com a sua função social.

Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (BRASIL, 1988)

Do mesmo modo, o dispositivo normativo reconhece a livre concorrência, mas com redução das desigualdades, defesa do consumidor e do meio ambiente. Isso pois, somente assim é possível alçar o objetivo descrito de assegurar a todos uma existência digna.

Ademais, prevê em seu parágrafo único a liberdade da prática das atividades econômicas, mas dentro dos limites da lei, o que no aspecto da proteção ambiental poderá incidir na necessidade de autorizações de órgãos públicos responsáveis pela regularização ambiental, inclusive com aplicação de medidas de controle e monitoramento ambiental e de mitigação e compensação de impactos, fato que limita em parte o direito de propriedade.

A propriedade privada é considerada um elemento essencial ao desenvolvimento do modelo capitalista de produção, e ademais, o direito à propriedade é inafastável da concepção de democracia atualmente existente. Foi por este motivo que se preservou o direito de propriedade, alterando-se lhe o conteúdo com a consagração de direitos sociais, e ainda, a declaração expressa de que também a propriedade é alcançada pela concepção social do Direito, o que se dá pela determinação de que a propriedade cumprirá sua função social e se harmonizará com a busca da dignidade para todo cidadão. (TAVARES, 2003, p. 163)

Nesse sentido, vale citar outra descrição constitucional, quanto a função social da propriedade, quanto às propriedades rurais, que reforça a necessidade da proteção ambiental.

O art. 186, ao prever que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, aos requisitos de aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio

ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores. (SOARES, 2010, p. 288)

Outrossim, além da já reconhecida função social da propriedade, prevista expressamente no artigo 170, III, da Constituição Federal de 1988, existe também atual compreensão de que este aspecto da função social também é característica aplicável às empresas.

A função social da empresa, portanto, implica a mudança de concepção do próprio direito de propriedade já que o princípio da função social incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-se novo conceito. Isso implica que as normas de direito privado sobre a propriedade estão conformadas pela disciplina que a Constituição lhes impõe, assim como dito anteriormente.

A legislação nacional em vigor reconhece que no exercício da atividade empresarial há interesses internos e externos que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da ‘comunidade’ em que ela atua. (LEMOS JÚNIOR, 2008, p. 153-154)

“Há, portanto, a necessidade de compatibilização entre os preceitos constitucionais, o que significa dizer em última instância, que a propriedade não pode mais ser considerada em seu caráter puramente individualista”. (TAVARES, 2003, p. 160)

Assim, em que pese ser respeitável as contribuições de perspectiva liberal clássica para a construção dos direitos aos cidadãos, como na proteção da vida, da propriedade e da liberdade, atualmente sob uma compreensão de equilíbrio e colaboração dos aspectos do Liberalismo com os da Democracia, a equalização dos direitos individuais com aqueles inerentes aos demais é indispensável, o que também se alinha à compreensão atual de Estado Democrático de Direito.

Ideias liberais e método democrático foram gradualmente se combinando em um modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram, desde o início, a condição necessária para a aplicação direta das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. (BOBBIO, 2017, p. 66)

O reconhecimento da necessidade de harmonização dos direitos com os demais é, portanto, elementar, já que “todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem além dos direitos individuais tradicionais, consistentes em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes”. (BOBBIO, 2004, p. 41)

Portanto, necessário se faz considerar os direitos correlacionados envolvidos no exercício das atividades empresariais, já que “esta função de proteção de terceiros, obrigará também o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas a observância dos direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2017, p. 409)

Assim, vale pontuar que “no paradigma do Estado Democrático de Direito surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida pelos paradigmas anteriores”. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 36)

Deste modo, o exercício das atividades econômicas previstas na Lei federal nº 13.874/2019 não resultam em uma atuação estatal “mínima”, pois apesar desta atuação do Estado precisar ser limitada, pela própria sistemática dos direitos e garantias fundamentais, ela deve ser também “necessária” ou na medida suficiente para a consecução do bem comum, sendo legítimas exigências pautadas nas demais normas, como ações e exigências do Estado frente às empresas quanto a aspectos sociais e de proteção ambiental.

Portanto, a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado e muitos dos princípios que a regem não encontram amparo no Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e precisam ser revisitados de acordo com um novo modelo explicativo, apoiado no núcleo do Estado Democrático de Direito: A teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. (ALMEIDA, 2008, p. 417)

Diante disso, verifica-se que “a economia não pode deixar de levar em conta o meio ambiente, como segundo o texto constitucional, defender o meio ambiente. (artigo 170, VI, da Constituição de 1988)” (MACHADO, 2022, p. 180)

A proteção do meio ambiente, portanto, é essencial. Contudo, isso não afastará a consciência e reconhecimento da importância das atividades econômicas, bem como sua validade ou prejuízo ao seu exercício funcional.

Frisa-se, que o que é delineado é o dever ser do equilíbrio quanto aos direitos envolvidos, para que as atividades econômicas tanto do uso da propriedade considerando premissas do artigo 1.228 e seguintes da Lei federal nº 10.406/2002 (Código Civil), quanto do exercício das atividades empresariais, observe os ditames das leis ambientais e também de aspectos de ênfase social, que estão e devem estar presentes para o melhor atendimento do interesse de todos os indivíduos.

3 PROTEÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE POR PARTE DOS EMPREENDIMENTOS NA LIBERDADE ECONÔMICA

Considerando o Brasil como nação que pretende se construir sob um ideário de Estado Democrático de Direito, de características Republicanas e Federativas, nos termos da Constituição Federal de 1988, a efetividade dos direitos fundamentais e sua proteção nas diversas esferas incluirá a coparticipação do particular e dos empreendimentos na proteção ambiental. Assim, as áreas de preservação permanente (APPs) conforme previsto no Código Florestal (Lei federal nº 12.651/2012) são um elemento de grande relevância, já que sua previsão normativa está fundada na proteção das características ecológicas essenciais.

Área de Preservação Permanente – APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”. (ANTUNES, 2020, p. 548)

Esta modalidade de espaço de proteção ambiental apresenta base constitucional, pois, “com propriedade, o artigo 225, §1º, III, da Constituição Federal, aduz que incumbe ao Poder Público definir, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, que só poderão ser suprimidos ou alterados por lei.” (AMADO, 2020, p. 219)

Assim, considerado o aspecto da universalidade dos direitos fundamentais, quanto ao meio ambiente e às atividades econômicas que venham a ocorrer nas proximidades de áreas de preservação permanente ou que possam afetá-las, estas poderão ocorrer, mas desde que respeitada a proteção das APPs, que em regra precisarão ser mantidas preservadas.

A nova universalidade dos direitos fundamentais os coloca assim, desde o princípio, num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade (BONAVIDES, 2014, p. 587)

Portanto, uma vez definidas as áreas de preservação permanente por meio de lei devidamente aprovada pelos representantes eleitos do povo, e considerada a soberania popular, sendo ainda que sua previsão legal detém fundamento constitucional quanto ao aspecto material, esta situação já conferirá a necessidade dos proprietários e empreendedores observarem a proteção destas áreas independentemente de ato administrativo específico.

As APPs previstas no artigo 4º da Lei 12.651/2012, como visto, não dependem da prática de qualquer ato administrativo específico para sua criação, posto que operam *ope legis*, amoldando-se à feição de uma limitação administrativa, que no dizer preciso de Hely Lopes Meirelles, “é toda imposição geral e gratuita, unilateral e de ordem pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social. (MILARÉ, 2015, p. 1316)

Deste modo, as áreas definidas como APPs na Lei federal nº 12.651/2012 já encontram restrição de uso em todas as propriedades nas quais estas tenham ocorrência, tanto em áreas urbanas quanto rurais, como, por exemplo, nas situações descritas no 4º, que segue:

Artigo 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d’água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
 - b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
 - c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
 - d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
 - e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;
- II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:
- a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
 - b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas; (BRASIL, 2012)

Ademais, vale lembrar que além das previsões normativas em nível de regra e que são bastante claras e objetivas sobre as áreas a serem preservadas por estarem caracterizadas como de preservação permanente, há também no exercício das atividades econômicas e das empresas a necessidade de observância dos princípios ambientais aplicáveis e que podem apresentar correlação com estas áreas de preservação permanente. Nessas situações que versarem sobre princípios deverá ser ponderada a forma de maior otimização e proteção destes direitos.

Nesse sentido, como bem apresenta importante jurista Robert Alexy, “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes”. (ALEXY, 2008, p. 67, tradução nossa) ¹

Assim, por exemplo, vale pontuar que a existência de riscos e incertezas quanto à contaminação de áreas de nascentes, conforme artigo 4º, IV, da Lei federal nº 12.651/2012, sob as premissas principiológicas de Direito Ambiental, pode ser um fator a obstar a realização de algum projeto econômico. Isso porque, numa ponderação do caso concreto no que corresponde “a aplicação e discussão do princípio da precaução centra-se na ação para prevenir ou abster-se de contribuir para possíveis e sérios danos irreversíveis à saúde e ao meio ambiente, a título individual ou em termos de consequências ambientais ou de saúde generalizada”. (MACHADO, 2022, p. 126)

Portanto, um empreendimento minerário ou industrial a ser implantado em um local onde há incertezas científicas e riscos de contaminação de nascentes e de causar prejuízos deletérios à saúde da população resultará na impossibilidade de realização da atividade econômica no local em favor da proteção socioambiental. “Assim, a incerteza científica milita em favor do meio ambiente e da saúde (*in dubio pro natura ou salute*)” (AMADO, 2020, p. 83)

Além disso, na abordagem do tema do desenvolvimento sustentável e da devida proteção ambiental é preciso considerar a utilização de argumentos coerentes sobre a questão e pontos envolvidos, pois é consenso geral das pessoas a importância do meio ambiente para suas vidas.

¹ *El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.*

Ademais, reconhece-se também a relevância do desenvolvimento socioeconômico.

Nesse aspecto, bem pontua Ronald Dworkin sobre uma característica importante que deve existir sempre em uma Democracia, especialmente quanto a temas sensíveis como o Direito Ambiental e a forma equilibrada para a realização dos empreendimentos econômicos. Isso porque, uma Democracia “pode ser saudável se não há consenso, mas pode ser com uma cultura de argumentos. Contudo, não poderá se manter saudável com profundas e amargas divisões e nenhum real argumento, porque isso transforma apenas em tirania de números”. (DWORKIN, 2008, p. 06 - tradução nossa)².

Assim sendo, a proposta é ponderar sobre as interfaces ambientais e equilíbrio, sem extremismos e polarizações, mas tratar a questão de forma sóbria, como deve ser abordada, com argumentações racionais e em busca de coerência prática com o ordenamento jurídico vigente. Somente por meio de uma racionalidade equilibrada e coerente é possível alcançar de fato o Desenvolvimento Sustentável, cuja concretização necessita de balanceamento de direitos.

Neste ponto, vale ressaltar que a necessidade de equilíbrio na execução das atividades econômicas com a proteção socioambiental foram consideradas nas leis ambientais, que até permitem em determinadas hipóteses excepcionais a realização de atividades nestas áreas sensíveis como “dispõe o artigo 8º do novo Código Florestal que a intervenção ou supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental.” (SOUZA, 2015, p. 145)

Além disso, para estas hipóteses de exceção de utilidade pública e interesse social deve ser confirmada a inexistência de alternativa locacional, considerando o julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 42 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 4.903, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu em seu papel institucional, a interpretação conforme a Constituição e o Código Florestal, na qual além da incidência nas hipótese permitidas do artigo 8º da Lei federal nº 12.651/2012, deve ocorrer a verificação se não há outra alternativa locacional. (ANTUNES, 2020, p. 724-725)

Portanto, é observável que as questões ambientais e econômicas não são aparentemente simples como possam parecer, mas que a Liberdade Econômica deve ser assegurada, desde que mediante a consideração plena dos aspectos sociais e ambientais envolvidos, para uma integral observância do ordenamento jurídico pátrio brasileiro.

Outro exemplo, quanto a essa necessidade de equalizar as questões econômicas e socioambientais, ocorre com as áreas de preservação permanente em zonas urbanas, nos licenciamentos ambientais de loteamentos, que além de observarem a Lei Federal nº 6.766/1979 (Lei de Parcelamento de Solo), e as vedações do artigo 3º, precisam considerar também Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012), caso contrário, serão ocupações irregulares.

As chamadas ocupações irregulares dizem respeito a toda forma de

² *Democracy can be healthy with no serious political argument if there is nevertheless a broad consensus about what is to be done. It can be healthy even if there is no consensus if it does have a culture of argument. But it cannot remain healthy with deep and bitter divisions and no real argument, because it then becomes only a tyranny of numbers.*

intervenção no solo urbano para fins de moradia, que não tenha se submetido ao crivo fiscalizatório do Poder Público, responsável por exigir a adequação da intervenção aos parâmetros legais mínimos dirigidos à proteção da dignidade da pessoa humana e do meio ambiente. (SOUZA, 2015, p. 151)

Nesse sentido, se um empreendimento de loteamento tentar se instalar em uma localidade de vegetação típica de Veredas, conforme artigo 3º, XII, e artigo 4º, XI, ambos da Lei Federal nº 12.651/2012, onde ocorre a necessidade de proteção de uma distância de 50 metros a partir do solo permanentemente brejoso, a eventual confirmação de que parte da área do loteamento se encontre nesta localidade, implicará a inviabilidade de parte do projeto do parcelamento, que deverá se ajustar aos limites das áreas de preservação permanente.

Essa consequência, inclusive se aplica a uma eventual situação de pedido de licenciamento de instalação corretivo, em que parte das obras já tenham se iniciado sem licença prévia, pois a súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) nega a possibilidade de aplicação da teoria do fato consumado para matéria de Direito Ambiental.

As APP hídricas devem ser preservadas e nas possibilidades legais admitidas, ter um planejamento de ocupação ordenado segundo suas características técnicas, ou seja, a partir do conhecimento técnico, o poder público poderá garantir as funções ambientais mínimas, que deverão ser contempladas no plano diretor para proteção destas áreas. (BOUERI, BORGES, 2021, p. 140)

Portanto, todo empreendimento de parcelamento de solo, precisa atender tanto aos normativos urbanísticos, de uso e ocupação do solo, quanto aos aspectos ambientais.

Assim, avança-se sobre alguns pontos considerados válidos e importantes da Lei federal nº 13.874/2019, que se aplicada de forma integral com as demais normas poderá trazer aprimoramentos importantes na consecução do Desenvolvimento Sustentável.

Um exemplo positivo na Lei de Liberdade Econômica em seu artigo 3º, IV, foi a ênfase no tratamento isonômico a ser dado pelos órgãos públicos quanto aos atos de liberação da atividade econômica, como, por exemplo, ocorre quanto ao licenciamento ambiental de potencialmente poluidoras, consoante preconizado na Lei federal nº 6.938/1981 (Política Nacional de Meio Ambiente).

Artigo 3º - São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal: (...)

IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento. (BRASIL, 2019)

Nesse sentido, os órgãos ambientais licenciadores deverão observar os mesmos critérios de interpretação adotados em decisões análogas anteriores e observado o disposto em regulamento, fator que confere a devida coerência e segurança jurídica nesse âmbito.

A citada obrigatoriedade por força de lei serve como mecanismo de superação de eventuais atuações subjetivas, arbitrárias ou mesmo não isonômicas, trazendo a necessidade dos órgãos públicos e seus agentes de se pautarem em sua atuação com a devida coerência.

Esse fato alinha-se, por exemplo, à compreensão do Direito como integridade, pois, “para Dworkin, o Direito deve ser visto como integridade, levando com que os legisladores produzam as normas como se as mesmas fosse fruto de um único autor: a comunidade personificada”. (OMMATI, 2019, p. 198)

Ademais, “a metáfora do ‘romance em cadeia’ corresponde ao ideal da ‘integridade do direito’, evidenciando a importância da vinculação de legisladores e juízes à prática revelada pela história, sem deixar de lado a compensação adequada de sua projeção para outros casos futuros” (NOVELINO, 2020, p. 184). Assim, essa medida de coerência pode ser aplicada nos atos de liberação de atividades econômicas e sua regularização ambiental, nos casos da atuação de órgãos da Administração Pública na função executiva e aplicadora das normas.

Essa compreensão do Direito como integridade é sempre muito importante por propiciar segurança jurídica, “daí porque a ideia e interpretação jurídica como um romance em cadeia se liga a noção de comunidade de princípios, pois, para uma correta compreensão, interpretação e aplicação dos textos normativos.” (OMMATI, PEDRON, 2022, p. 139)

Por sua vez, o citado artigo 3º apresentou outra contribuição válida com relação ao inciso IX ao abordar a necessidade de que nos atos de liberação de atividade econômica, o que inclui a regularização ambiental, devem ser garantidas comunicações expressas de todos os elementos e documentações necessárias à instrução do processo administrativo.

Artigo 3º, IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei; (BRASIL. 2019)

Esse fato é bastante importante quanto ao aspecto pragmático do licenciamento ambiental e da regularização de atividades que possam afetar as áreas de preservação permanente, nos quais vários requisitos são necessários, como do artigo 5º, da Resolução CONAMA nº 369/2006, que cobra medidas de compensação quanto à intervenção em APP's, o que exigirá a proposta de recuperação de área, com entrega de Projeto Técnico de Reconstituição da Flora (PTRF) e cuja insuficiência da entrega pode ensejar no arquivamento do pedido, nos termos dos artigos 15, 16 e 17 todos da Resolução CONAMA nº 237/1997.

Entretanto, apesar da menção geral de que o silêncio da autoridade implicará a aprovação

tácita para todos os efeitos, esta disposição não se aplica ao licenciamento ambiental. O mesmo raciocínio ocorre para as autorizações de intervenção em área de preservação permanente cuja proteção se mantém resguardada até a manifestação do órgão competente.

Isso pois, ao considerar o restante do ordenamento jurídico vigente há expressa hipótese de vedação em lei específica, por meio do artigo 14, §3º, da Lei Complementar nº 140/2011, pois “o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no artigo 15.” (BRASIL, 2011)

Assim, em que pese a previsão geral da Lei de Liberdade Econômica quanto a liberação de atividade econômica, no que tange ao aspecto da proteção ambiental, a Lei Complementar nº 140/2011 que apresenta regramentos específicos sobre licenciamento ambiental, “a emissão da licença ambiental pelo decurso do prazo não está permitida, como não se admite a prática de ato que depende dessa licença”. (MACHADO, 2016, p. 330)

O sentido desta medida se infere de forma bastante evidente pela leitura do sistema de proteção ambiental, pautado por bases de precaução, prevenção, nas quais eventual inércia, necessitará de medidas para garantir a eficiência dos órgãos públicos, conforme o artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, e não o descuido na análise dos aspectos ambientais.

Portanto, a interpretação a ser dada à dispensa do controle estatal prévio deve ser muito restritiva. É importante observar que a própria Resolução CGSIM 64/2020 afasta o enquadramento como de baixo risco A e B para as atividades sujeitas a licenciamento ambiental, que requeiram análise de impacto de vizinhança, que estejam localizadas em imóveis ou em áreas imediatamente adjacentes a áreas de preservação ambiental, em áreas de risco e em áreas desprovidas de saneamento básico (Anexos II e III). Consequentemente, entendemos que a única forma de compatibilizar a dispensa de controle estatal prévio para atividades de baixo e médio risco é interpretar esta nova legislação como não aplicável às atividades e obras sujeitas a licenciamento ambiental. (STEIGLEDER, PICCININI, 2022)

Além disso, uma aparente resposta não tão célere, pode decorrer de uma carência na estruturação dos órgãos ambientais, fato que não justifica ensejar na liberação desordenada de atividades econômicas e intervenções em áreas de preservação permanente, sem a filtragem necessária nas análises de licenciamento do que de fato é possível autorizar, já que numa circunstância destas a medida coerente seria melhor estruturar os órgãos para que os agentes públicos tenham condições de cumprir bem o seu papel e atender os cidadãos e a coletividade.

Outrossim, em sequência, quanto a inovação decorrente da Lei federal nº 13.874/2019, há dispositivos relevantes como o artigo 3º, XI, alíneas “b”, “c”, “d” e “e”, que limitam a excessos por parte do Estado quanto aos particulares e empreendedores, e no inciso XII:

Artigo 3º - XI - não ser exigida medida ou prestação compensatória ou mitigatória abusiva, em sede de estudos de impacto ou outras liberações de atividade econômica no direito urbanístico, entendida como aquela que: (...) b) requeira medida que já era planejada para execução antes da solicitação pelo

- particular, sem que a atividade econômica altere a demanda para execução da referida medida;
- c) utilize-se do particular para realizar execuções que compensem impactos que existiriam independentemente do empreendimento ou da atividade econômica solicitada;
- d) requeira a execução ou prestação de qualquer tipo para áreas ou situação além daquelas diretamente impactadas pela atividade econômica; ou
- e) mostre-se sem razoabilidade ou desproporcional, inclusive utilizada como meio de coação ou intimidação; e
- XII - não ser exigida pela administração pública direta ou indireta certidão sem previsão expressa em lei. (BRASIL, 2019)

Assim, as alíneas “b”, “c” e “d” apresentam requisitos interessantes para os órgãos ambientais que poderão utilizar essa previsão normativa para justificar determinadas medidas pautadas em critérios técnicos científicos, bem como proteger os particulares e as empresas de cobranças desmedidas e que não sejam coerentes com as atividades exercidas do empreendimento. Deste modo, as medidas de controle ambiental e monitoramento, inclusive condicionantes de licença ambientais, precisam guardar pertinência temática com a atividade empresarial realizada e os impactos ambientais correlacionadas.

Neste ponto, vale pontuar “decisões de órgãos colegiados podem, teoricamente, resultar em decisões mais equilibradas, que refletem as percepções das diversas partes interessadas na proposta”. (FONSECA, 2015, p. 35) Assim, salutar é a utilização de Conselhos para a decisão dos licenciamentos ambientais, pois órgãos representativos da sociedade e do Estado, em uma linha democrática, permitem que todos esses pontos recebam o devido aprofundamento e discussão, para propiciar avaliações dos impactos ambientais e decisões de maior qualidade.

Por sua vez, o caso da alínea “e” da Lei de Liberdade Econômica apresenta também um filtro relevante, pois leva ao campo regulatório de meio ambiente, nas verificações de regularização ambiental, inclusive nas interfaces quanto a áreas de preservação permanente próximas às atividades econômicas, a necessidade de se resguardar a observância da proporcionalidade e da razoabilidade das medidas técnicas científicas, para limitar os excessos por parte do Estado quanto aos particulares e empreendedores. “Impositiva, pois, a incidência do princípio da proporcionalidade no estabelecimento do ato de liberação, bem como nos condicionamentos de direitos por ele veiculados”. (MARQUES NETO; FREITAS, 2020, p. 320)

Por sua vez, “da mesma forma que há razoabilidade na escolha das alternativas ambientais, há também nas mitigantes. Se não houve razoabilidade, as mitigantes podem atingir patamares extremamente onerosos e inviabilizadores do projeto”. (BIM, 2016, p. 237).

Por fim, quanto ao inciso XII do artigo 3º da Lei federal nº 13.874/2019, este assegura o cumprimento efetivo do princípio da legalidade, disposto no artigo 5º, §2º, da Constituição ao estabelecer que a exigência de certidões e documentos em excesso e de forma demasiada em órgãos públicos seja racionalizada para que não se caia em situações burocráticas desmedidas, o que se sintoniza também com a Lei federal nº 13.726/2018 (Lei de Desburocratização).

CONCLUSÃO

A Lei federal nº 13.726/2019 (Liberdade Econômica) sancionada de forma relativamente recente apresentou contribuições importantes, dado que o exercício das atividades econômicas e das empresas colabora com relevância para o bem-estar da sociedade, por meio da geração de empregos, renda, desenvolvimento, e mesmo com sua matriz com tons fortes da compreensão liberal clássica, esta deve ser vista de forma sistêmica com o ordenamento jurídico como um todo e sob uma perspectiva de Estado Democrático de Direito.

Desta forma, não é possível considerar uma atuação isolada das empresas pautadas numa compreensão restrita de direitos das liberdades, mas as empresas, assim como as propriedades, necessitarão considerar também a função social pelo qual devem zelar, bem como a proteção dos aspectos ambientais, como disposto no artigo 225, da Constituição Federal de 1988, e compreendida como direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por meio deste prisma democrático, é possível sintonizar as garantias individuais do exercício das atividades econômicas, com o cuidado socioambiental necessário ao Desenvolvimento Sustentável, com a proteção das áreas de preservação permanentes e a observância de seus regramentos, mas considerando também a principiologia aplicável ao Direito Ambiental, sob parâmetros de interpretação de coerência para a melhor e devida aplicação das normas jurídicas envolvidas.

Assim, sob essas balizas norteadores e com uma análise reflexiva sobre certos dispositivos da citada lei, interpretada em conjunto com as demais leis e direitos fundamentais, é possível a manutenção do núcleo básico essencial de proteção do meio ambiente e do interesse coletivo, e pode apresentar contribuições no nível prático ao racionalizar certos processos de atos de liberação de atividades econômicas para que sejam pautados por uma coerência necessária e de forma menos burocrática.

Diante do exposto, considera-se que a Liberdade Econômica das empresas poderá ocorrer em respeito ao meio ambiente, se exercidas, como regra, fora e com respeito das áreas de preservação permanente (APPs), pois o restante das áreas existentes no país já são um quantitativo relevante do território nacional apto a produção e desenvolvimento, sendo que também poderão ser admitidas as situações de exceções de intervenção desde que observados todos os requisitos legais e técnicos indispensáveis e proporcionais, além de verificada a inexistência de alternativa locacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: Superação da *summa divisio*** direito público e direito privado por uma *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 11. ed. rev., atual. e amp. Salvador: Jus Podivm, 2020.

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. [Livro eletrônico] 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020. (Versão kindle)
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do Meio Ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2016.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Lei complementar nº 140/2011**. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 17 jun. 2022.
- BRASIL. **Lei Federal nº 12.651/2012**. Código Florestal. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12651.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.
- BRASIL. **Lei Federal nº 13.874/2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; Estabelece garantias de livre mercado. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 2 abr. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 4. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BOUERI, Millena Ariana; BORGES, Luís Antônio Coimbra. Conflitos na Aplicação do Código Florestal em Áreas de Preservação Permanente (APP) hídricas urbanas. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil. Revista dos Tribunais. v. 104. out./dez. 2021. p. 115-147.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 16. reimp.

Coimbra: Almedina, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate.** [Recurso eletrônico]. Third printing. Princetown University Press, 2008. (Versão kindle) 160p

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FALCÃO, Joaquim (Org) et al. **Ordem constitucional econômica.** [Livro Eletrônico] Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. (Versão kindle)

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Saraiva, 1990. p. 123-130.

FONSECA, Alberto. A Avaliação de Impacto Ambiental e seu vínculo com o Licenciamento Ambiental. *In:* RIBEIRO, José Claudio Junqueira (org.). **Licenciamento ambiental: Herói, vilão ou vítima?** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

FRAZÃO, Ana. Liberdade Econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a Justiça Social. *In:* SALOMÃO, Luiz Felipe (Coord.) et al. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** [Livro Eletrônico] São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (Versão kindle)

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. **Empresa & Função Social.** Curitiba: Juruá, 2008.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Princípios de Direito Ambiental.** São Paulo: Editora Jus Podivm, 2022.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo Marques. FREITAS, Rafael Vêras de. Atos de Liberação da Atividade Econômica Privada e Poder de Polícia: Pressupostos e Limites. *In:* SALOMÃO, Luiz Felipe (Coord.) et al. **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro.** [Livro Eletrônico] São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 10. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria da Constituição.** 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OMMATI, José Emilio Medauar. PEDRON, Flávio Quianaud. **Teorias Contemporâneas do Direito: análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade.** Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2022. [Recurso eletrônico]. Edição do Kindle. 462p.

O TEMPO. **MPF exige que Tamisa tenha autorização para retirar vegetação na serra do Curral**. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/mpf-exige-que-tamisa-tenha-autorizacao-para-retirar-vegetacao-na-serra-do-curral-1.2676944>. Acesso em: 17 jun. 2022.

PETTER, Lafayette Josué. Constituição econômica e concorrência. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 41, abr. 2011. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao041/lafayette_petter.html. Acesso em: 23 out. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Thiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A Ordem Constitucional Econômica: Balanço dos 20 anos de vigência da Constituição Brasileira de 1988. In: NOVELINO, Marcelo (Org.) **Leituras complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**. 4. ed. Revista, atual. e amp. Salvador: Jus Podivm, 2010.

SOUZA, Claudia Ferreira de. **Ocupações irregulares em áreas urbanas de preservação permanente à luz do Direito e da Ética Ambiental**. Belo Horizonte: Dom Helder, 2015.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro; PICCININI, Livia Teresinha Salomão. A Lei da Liberdade Econômica e seus Impactos no Direito Ambiental e na Tutela do Patrimônio Cultural. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 1(89), 205-232. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/236> Acesso em: 23 out. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003. p. 155-171.

WEAVER, Richard. M. **As ideias têm consequências**. Tradução de Guilherme Ferreira Araújo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: É Realizações, 2016.

Como citar: LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; BUENO, José Augusto Dutra. Liberdade econômica e a função social da empresa nas restrições ambientais das áreas de preservação permanente. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 71-90, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p71-90.
ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 28/06/2022.

Aprovado em: 14/12/2022.

LGPD E COMPLIANCE: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES DE EMPREGO

LGPD AND COMPLIANCE: THE EFFECTIVENESS OF PERSONALITY RIGHTS IN EMPLOYMENT RELATIONS

Leda Maria Messias da Silva*
Nadine Girardi Alves**

Como citar: DA SILVA, Leda Maria Messias; ALVES, Nadine Girardi. LGPD e *compliance*: a efetivação dos direitos da personalidade nas relações de emprego. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 91-111, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p91-111. ISSN: 2178-8189.

*Pós-doutora em Direito do Trabalho (Universidade de Lisboa – Ulisboa/PT).

Doutora em Direito do Trabalho (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP).

Mestre em Direito do Trabalho (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP).

E-mail: lemead@uol.com.br

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0109-569X>

**Mestranda em Direitos da Personalidade (Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR/PR). Bolsista pelo Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI).

Graduada em Direito (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR).

E-mail: nadinegirardialves@hotmail.com

ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-6423-6413>

Resumo: A conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados passou a ser requisito indispensável para a prática empresarial, inclusive no que diz respeito ao tratamento de dados dos empregados. Assim, valendo-se do método científico hipotético-dedutivo, a pesquisa se propôs a analisar o instituto do compliance de dados, voltado para o âmbito empregatício, como meio de efetivar a cultura de proteção de dados e assegurar os direitos da personalidade dos empregados, enquanto titulares, bem como verificar os principais aspectos a serem considerados na gestão dos contratos de emprego, relacionados à legislação de dados. Constatou-se, por fim, que a adoção de programas de compliance importam no desenvolvimento de um ambiente laboral mais digno e regulado, uma vez que promovem a conscientização acerca da temática, auxiliando na construção da cultura de proteção de dados de dentro para fora das organizações.

Palavras-chave: compliance trabalhista; contrato de emprego; proteção de dados pessoais; direitos da personalidade.

Abstract: Compliance with the General Data Protection Law has become an indispensable requirement for business practice, including with regard to the processing of employee data. Thus, using the hypothetical-deductive scientific method, this research aimed to analyze the institute of data compliance, focused on the employment environment, as a means of effecting the culture of data protection and ensuring the personality rights of employees as holders, as well as verifying the main aspects to be considered in the management of employment contracts, related to data

legislation. Finally, it appears that the adoption of compliance programs matter in the development of a more dignified and regulated work environment, since they promote awareness of the theme, assisting in the construction of the culture of data protection from the inside out of organizations.

Keywords: labor compliance; employment contract; protection of personal data; personality rights.

INTRODUÇÃO

Após a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), particularidades passaram a compor as relações de emprego, ainda que implicitamente, como reflexo da intensa incorporação tecnológica ao ambiente laborativo, havendo a necessidade de adequação das práticas empresariais aos moldes da nova legislação.

Além da conformidade com as normas legais, fez-se necessário o implemento da cultura de proteção de dados, inclusive no ambiente interno das empresas, organizações, instituições, e demais agentes de tratamento de dados, empregadoras, a fim de difundir o conhecimento acerca da importância de proteger dados pessoais, bem como garantir os direitos da personalidade aos titulares, empregados, no bojo das relações empregatícias, de modo que o *compliance* figura como importante forma de realizar os anseios normativos e socioeconômicos a este respeito.

Diante disso, utilizando-se da metodologia científica hipotético-dedutiva, a presente pesquisa visa analisar o *compliance* de dados, voltado para o emprego, como meio de efetivação da cultura de proteção de dados, bem como de prevenção contra lesões aos direitos da personalidade dos empregados. Além disso, objetiva verificar os principais aspectos a serem observados na elaboração e execução do contrato de emprego, relacionados à Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

Em um primeiro momento, a pesquisa contextualiza as relações de emprego frente ao desenvolvimento tecnológico, e a intensificação do tratamento de dados das pessoas empregadas. Após, busca conceituar o *compliance* de forma geral, apontando benefícios advindos da adoção de programas de *compliance* voltado para a proteção de dados. Em seguida, o estudo adentra na efetivação do *compliance* de dados, no âmbito empregatício, através da análise das principais condições que devem ser verificadas na gestão dos contratos de emprego, perpassando pela questão educativa em relação à Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

O conhecimento acerca da necessidade de proteger os direitos da personalidade das pessoas nas suas relações de emprego, bem como de proteger os dados pessoais, não é difundido socialmente, ao contrário da prática de tratamento de dados dos indivíduos, cujo potencial valorativo não comporta desigualdades, ou seja, todo e qualquer indivíduo, em todas as suas relações, tem seus dados pessoais tratados e valorados economicamente. Ocorre que as relações de emprego são essenciais para o desenvolvimento da personalidade, e do aspecto relacional da pessoa, de modo que a presente pesquisa se justifica pela importância que a adoção do *compliance* trabalhista, voltado para a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), apresenta para promoção da cultura de proteção de dados, criando um ambiente de trabalho mais digno, com a salvaguarda de direitos da personalidade, além dos benefícios para os próprios empregadores, no caso, sujeitos ativos da lei.

1 DADOS NO ÂMBITO LABORAL E *COMPLIANCE*

O protagonismo dos dados pessoais é inerente à sociedade da informação e pode ser verificado nas mais diversas relações, uma vez que a partir dos dados ocorre a extração de um conhecimento extremamente rentável e valioso para o desenvolvimento socioeconômico, sendo certo que a informação passou a ser considerada “o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente, nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial” (BIONI, 2021, p. 3).

Da mesma forma, o universo do trabalho se transformou substancialmente pelo avanço das tecnologias, do emprego de inteligência artificial, da robótica, e da virtualização do trabalho, de modo que houve, como consequência, a intensificação do tratamento de dados pessoais inclusive nestas relações. Significa dizer que em todas as fases do contrato de trabalho ocorre, indubitavelmente, a operacionalização de dados pessoais, seja do empregado, ou do candidato, pretense funcionário de determinada empresa, empregadora.

Diante disso, a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709 (BRASIL, 2018), reflete a importância da matéria para o ordenamento jurídico, criando diretrizes e balizas para a atuação empresarial, e demais sujeitos ativos da lei, no que tange a proteção de dados de pessoas naturais, incluídos dos seus trabalhadores, além de seus clientes, haja vista o tratamento de dados geralmente corresponder à alguma atividade da empresa, dependendo dele para seu funcionamento e crescimento mercadológico.

Ainda que o acesso aos dados pessoais e sensíveis de empregados ocorra em decorrência da atividade laborativa, considera-se que estas informações possibilitam a formação de um perfil comportamental e traduzem a personalidade do indivíduo, de modo que “não revelam somente aptidões profissionais, mas também questões ligadas à privacidade e à intimidade do trabalhador” (REIS, 2020, p. 2), podendo-se vislumbrar riscos de violações de direitos no ambiente laboral, em casos de ocorrência de incidentes de segurança¹ com dados de seus titulares, nesse caso, os empregados.

De início, destaca-se que a Lei Geral de Proteção de Dados é uma legislação principiológica, que visa o empoderamento do indivíduo, titular de dados, acerca de suas próprias informações, por meio da proteção de direitos fundamentais e direitos da personalidade, tendo como alguns de seus fundamentos a autodeterminação informativa, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da imagem e da honra, entre outros (BRASIL, 2018).

Todavia, não se olvida que referida lei se justifica também por possibilitar que realmente ocorra o fluxo informacional, uma vez que se trata do principal ativo de desenvolvimento socioeconômico atual, como dito anteriormente, ou seja, foi necessária uma regulação destas

¹ Incidente de segurança corresponde a diversas situações de violação de segurança dos dados pessoais, tais como, o uso inadequado ou ilícito, a ocorrência de vazamento, exposição, acesso desautorizado, transferência irregular, exclusão, perda, destruição, alteração de dados etc., havendo a necessidade de comunicar à autoridade nacional e ao titular, em casos de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares, conforme o art. 48, da LGPD (BRASIL, 2018).

operações para que possam ocorrer de forma regrada, salvaguardando a dignidade da pessoa, em última análise. Trata-se da dupla função atribuída à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), conceituada pelo estudioso Bruno Bioni (2021, p. 108):

O principal vetor para alcançar tal objetivo é franquear ao cidadão *controle* sobre seus dados pessoais. Essa estratégia vai além do consentimento do titular dos dados, pelo qual ele autorizaria o seu uso. Tão importante quanto esse elemento volitivo é assegurar que o fluxo informacional atenda às suas legítimas expectativas e, sobretudo, não seja corrosivo ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Desta maneira, infere-se que para o crescimento econômico, seja em empresas de pequeno e médio porte, seja em grandes conglomerados de empresas, instituições, e outros setores que realizam o tratamento de dados pessoais, passou a ser necessária a adequação e a observância das normas da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), até mesmo como estímulo à competitividade negocial, e buscando evitar ou minimizar as sanções administrativas pelo seu descumprimento. Em outras palavras, referida lei não deve se tornar letra morta, fazendo-se imprescindível que os sujeitos ativos estejam em conformidade com os ditames da nova legislação.

Importante salientar, ainda, que a aplicabilidade da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) se estende a pessoas naturais ou jurídicas que realizem o tratamento de dados por qualquer meio, seja físico, ou digital, sendo certo que a adequação às normas independe do tipo ou do faturamento empresarial, podendo se tratar de grandes *startups*, ou até mesmo de micro e pequenas empresas, independente do formato de atuação.

Sendo assim, convém que os controladores e operadores de dados empenhem boas práticas em suas atividades, tais como “estabelecer parâmetros claros e procedimentos adequados, fundamentar a coleta e o tratamento nas hipóteses legais e colher e tratar os dados com transparência” (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021, p. 524). Neste sentido, a estudiosa Patrícia Peck Pinheiro (2021, p. 45) aponta que:

A instituição de medidas e regras de boas práticas e de governança é essencial para que todos os requisitos necessários à proteção dos dados pessoais sejam efetivados. Conforme os artigos 40, 41, 42 e 43, as medidas de boas práticas envolvem um sistema amplo e complexo de relações e previsões como instituição de mecanismos de educação e prevenção em face da segurança da informação, atuação de organismos de certificação e treinamento de equipes junto à atuação das autoridades supervisoras.

A Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) incentiva a tomada dessas práticas a fim de alavancar a implementação e cumprimento da própria lei e estabelecer uma mudança e adequação de comportamento, sendo esperado que os agentes de tratamento atuem visando a orientação e a prevenção, através da ideia de *privacy by design*, e não só visando evitar punições administrativas ou judiciárias, ou seja, que adotem uma postura proativa, ao invés de reativa, acerca da formação uma cultura de proteção de dados pessoais (CARVALHO; MATTIUZZO;

PONCE, 2021, p. 371).

Para tanto, apesar da implementação da lei e de uma cultura de proteção de dados depender da atuação, principalmente, fiscalizatória e sancionatória da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), o *compliance* de dados no âmbito laboral figura como um importante mecanismo, para atender aos anseios de efetivação da proteção de dados trazida pela lei, bem como de proteger os direitos da personalidade das pessoas empregadas, tal qual será analisado oportunamente.

1.1 *Compliance* voltado para a Lei Geral de Proteção de Dados

A adoção de mecanismos de boas práticas e governança visam dar efetividade à lei, criando ou adequando procedimentos internos, autorregulatórios, que auxiliem no controle e na identificação de comportamentos contrários às regras e normas instituídas, contribuindo para a minimização de riscos, e facilitando, assim, a elaboração de soluções para eventuais problemas que possam surgir em virtude de inadequações (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2021, p. 374).

De acordo com o artigo 50, da LGPD (BRASIL, 2018), a governança e boas práticas podem ser desempenhadas em associações ou individualmente, sendo que a última modalidade diz respeito aos programas de *compliance*, ou nomeados programas de integridade e conformidade, sendo certo que referido mecanismo contém “um elevado grau de detalhamento sobre a estrutura de governança interna da entidade” por serem realizadas “sob medida – endereçando todas as atividades de tratamento de dados pessoais realizadas pelo controlador ou operador em questão” (CARVALHO; MATTIUZZO; PONCE, 2021, p. 375).

Partindo da etimologia da palavra, o termo *compliance* deriva do inglês “*to comply*”, e significa “agir de acordo com uma regra, instrução interna, um comando ou um pedido. Quer dizer que atender ao *compliance* significa estar em conformidade com leis e regulamentos externos e internos” (HISSA; GALAMBA, 2019, p. 120).

Isso porque, considera-se *compliance*, um conjunto de medidas e procedimentos que podem ser utilizados pelas empresas, de forma autorregulatória, visando atingir, também, uma “mudança de cultura corporativa e do clima organizacional” (SILVA; PINHEIRO; BOMFIM, 2021, p. 51), e não só buscando estar em conformidade com legislações e políticas internas, por imposição.

Importante destacar, sobretudo, que a incorporação do *compliance* nos mais diversos segmentos empresariais não é uma ferramenta inaugurada pelo advento da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), inserindo-se majoritariamente nas práticas corporativas a partir da Lei nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013), nomeada como Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, “que trata da responsabilização civil e administrativa da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos contra a administração pública e após os escândalos de corrupção política que enfrentamos nos últimos anos” (CARLOTO, 2020, p. 22).

Apesar disso, é possível, e até mesmo recomendável, que o *compliance* seja adotado para as diferentes finalidades e demandas organizacionais, conforme Fabrício Lima Silva, Iuri Pinheiro

e Vólia Bomfim (2021, p. 55) esclarecem:

[...] os programas de compliance não devem se restringir ao combate à corrupção. Tais programas, para manterem lógica, consistência e coerência, devem versar sobre todas as esferas da empresa, envolvendo questões fiscais, contábeis, trabalhistas, financeiras, ambientais, jurídicas, previdenciárias, éticas, dentre outras.

Sendo assim, ambas as legislações possuem incentivos à prática de *compliance*, além de possuírem diversas semelhanças, dentre as quais se podem mencionar: a necessidade de capacitação de colaboradores, o monitoramento e aperfeiçoamento/revisão das normas instituídas, a criação de uma figura específica para intermediar a relação (o *Data Protection Officer*, no caso da LGPD, e o *Chief Compliance Officer*, no caso da Lei Anticorrupção), bem como estimulam a prática de mecanismos de *compliance* por meio da atenuação de sanções, entre outras similitudes (HISSA; GALEMBA, 2019, p. 124-126).

Indubitavelmente, a incorporação de um sistema de *compliance*, ou ainda a adequação de mecanismos já existentes para a conformidade com a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), bem como com a Lei Anticorrupção (BRASIL, 2013), promovem uma modificação nas gestões corporativas e nos modelos éticos das organizações, passando a ser inserida “na rotina das atividades empresariais para o crescimento sustentável e atualmente é indispensável reconhecer todos os esforços de compliance nas empresas” (CARLOTO, 2020, p. 24), seja para fruir de benefícios, seja para salvaguardar os direitos dos titulares de dados, em especial, dos empregados e demais pessoas trabalhadoras das empresas.

Portanto, a adoção de um programa de *compliance* relacionado à Lei Geral de Proteção de Dados representa um importante mecanismo interno para que a empresa realize o tratamento de dados de acordo com as perspectivas legais, ao passo que viabiliza que os empregadores, enquanto controladores e/ou operadores de dados, se mantenham em conformidade com os princípios e normas da lei, e exercitem as boas práticas e a governança.

Além disso, trata-se de aderir a práticas que estimulam o implemento de uma cultura consciente de proteção de dados, de privacidade, e garantia dos demais direitos relacionados, por vias de regramentos organizacionais que estejam em conformidade com as diretrizes dispostas na Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), incluídos os direitos dos empregados.

1.2 BENEFÍCIOS DA ADOÇÃO DO *COMPLIANCE* RELACIONADO À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Com efeito, desenvolver um programa de *compliance*, para regular a atuação interna da empresa, no que tange à proteção de dados, inclusive de seus próprios colaboradores, importa em fatores positivos e vantajosos para estes agentes de tratamento, que muitas vezes dependem da operacionalização de informações pessoais para o exercício de suas atividades, e que, por sua vez, podem sofrer consequências indesejadas em caso de infração à lei:

Uma das principais vantagens de implementação de programa de compliance é a

viabilização da existência de mecanismos para a rápida identificação de violações à lei, com a possibilidade de pronta resposta pela organização, evitando-se que condutas lesivas sejam perpetuadas e que os prejuízos assumam proporções maiores. A conscientização promovida pelos programas de compliance tende a evitar ou a diminuir os riscos de que práticas indesejáveis venham ocorrer. Além disso, a adoção de programas de governança corporativa e compliance tem um grande impacto no fortalecimento da imagem e reputação da empresa, que passa a demonstrar maior credibilidade e segurança, agregando valor ao negócio (SILVA; PINHEIRO; BOMFIM, 2021, p. 60).

Nesse ponto, ressalta-se que, na atualidade, é crescente a preocupação das empresas com suas reputações e imagem, até pela identificação que os consumidores buscam ao adquirir um produto ou um serviço, sendo comuns as avaliações em aplicativos e sítios eletrônicos. Além disso, as redes sociais se destacam como importantes “portas de entrada” para muitos negócios, e são essenciais para a captação e fidelização de público e, até mesmo, funcionam como canal de divulgação de processos seletivos de recrutamento e contratação.

Embora todas essas estratégias implementadas pelo avanço das tecnologias da informação e comunicação sejam favoráveis à atividade empresarial, é fato que as empresas e *e-commerce* estão em maior visibilidade do que há tempos, de modo que a ocorrência de uma situação de vazamento de dados, ou qualquer outro tipo de incidente de segurança representa riscos potenciais à sua reputação e à atração de consumidores, parceiros, investidores etc.

Ademais, além de possíveis responsabilizações judiciais, há que se mencionar as sanções administrativas que podem ser aplicadas em caso de infração às normas legais, as quais passaram a vigorar desde primeiro de agosto do ano de 2021 e podem acarretar prejuízos financeiros de expressiva monta, posto que vão desde advertência, com prazo para tomada de medidas corretivas à multa no valor de até 2% do faturamento da empresa, limitada a R\$ 50.000.000,00, por infração.

Em vista disso, programas de *compliance* se mostram fundamentais para a atividade empresarial, uma vez que são eficazes para prevenir e conter danos que possam ser causados aos titulares de dados, empregados ou consumidores, em situações como a exemplificada, sem que se mencione, ainda, a publicização que pode ser imposta, levando a empresa a enfrentar prejuízos em múltiplos aspectos, inclusive de cunho reputacional.

Portanto, adotar o *compliance* como mecanismo de segurança no tratamento de dados pessoais importa em uma vantagem e em um diferencial competitivo que uma empresa pode possuir em relação à outra, eis que há a valorização pela credibilidade com consumidores, além de ser importante para a ampliação e manutenção da atividade em compasso com mercados internacionais, e demais fornecedores e parceiros comerciais, em âmbito nacional.

Ainda, insta salientar que a utilização reiterada de boas práticas e governança, tais como o *compliance*, são alguns dos critérios considerados para a aplicação de punições, após processo administrativo em que seja assegurada a ampla defesa, funcionando como “atenuante para aplicação da pena” (HISSA, GALAMBA, 2019, p. 124), conforme dispõe os incisos VIII e IX, do parágrafo 1º, do artigo 52, da Lei Geral de Proteção de Dados:

Art. 52 [...] § 1º As sanções serão aplicadas após procedimento administrativo que possibilite a oportunidade da ampla defesa, de forma gradativa, isolada ou cumulativa, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e considerados os seguintes parâmetros e critérios: [...]

VIII - a adoção reiterada e demonstrada de mecanismos e procedimentos internos capazes de minimizar o dano, voltados ao tratamento seguro e adequado de dados, em consonância com o disposto no inciso II do § 2º do art. 48 desta Lei; IX - a adoção de política de boas práticas e governança; [...] (BRASIL, 2018).

Em suma, além da conformidade com os ditames legais, os programas de *compliance* demonstram ser eficientes para a prevenção e identificação de riscos e inadequações que possam ocorrer, possibilitando a criação mais eficiente de soluções, ou a minimização de eventuais danos, bem como a redução de custos para as empresas, empregadoras.

Além dos benefícios verificados, destaca-se, sobretudo, que a adoção do *compliance* contribui para alavancar o desenvolvimento da cultura de proteção de dados nos ambientes laborativos, por meio de ferramentas de conscientização, como palestras, treinamentos e cursos promovidos para o pessoal interno. Isso porque, o conhecimento acerca da importância de proteger dados pessoais, e seu valor social e econômico, não é difundida igualmente entre os indivíduos que compõe a sociedade, dificultando o entendimento das pessoas sobre os seus direitos e os riscos aos quais estão expostas, inclusive nas relações de emprego, tornando essencial que o empregador, agente de tratamento de dados, promova, através do *compliance*, ações educativas e conscientizadoras sobre a temática.

Conclui-se, por fim, que os programas de *compliance* voltados para a LGPD são essenciais para o *enforcement* da legislação, bem como para a implementação da cultura de proteção de dados e privacidade, promovendo a conscientização e incorporação das noções trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados em favor das pessoas naturais, tanto empregados e colaboradores, quanto demais titulares de dados.

2 COMPLIANCE TRABALHISTA E O CONTRATO DE EMPREGO

O cenário atual, de supervalorização das informações pessoais e de avanço tecnológico, fez emergir inúmeros debates sobre a necessidade de proteção de dados pessoais e da autodeterminação informativa, para além da proteção da privacidade e da intimidade.

Evidencia-se, portanto, a ocorrência de significativa mudança de percepção que os indivíduos passaram a ter acerca da disponibilização de seus atributos de personalidade em meio digitais, bem como nas mais diversas relações sociais. Contudo, não se olvida que a conscientização social acerca do tema é muito singela em comparação ao conhecimento altamente rentável que pode ser extraído do tratamento de dados pessoais, como apontado anteriormente. Segundo ensinam estudiosos:

[...] a LGPD representa a consolidação de relevante paradigma: atribuir a titularidade dos dados à pessoa natural a eles referente, conferindo-lhe extensa miríade de direitos para empreender efetivo controle sobre as suas informações. A LGPD implica novo marco regulatório – a ponto de se estruturar agência reguladora própria, a ANPD. Apesar da existência de normas anteriores que contemplavam perspectiva similar, a prática em matéria de proteção de dados pessoais no Brasil ainda é muito distante dos comandos da nova lei (FRAZÃO; OLIVA; ABILIO, 2019, p. 693-694).

Diante disso, revela-se essencial a construção de uma cultura de proteção de dados, com o progresso das bases principiológicas e normativas trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018). Vislumbra-se, então, a necessidade de difundir ainda mais as questões atinentes ao tratamento de dados pessoais e sensíveis, em especial, relacionadas ao tratamento havido no bojo das relações laborais. Isso porque, as relações de trabalho, de forma geral, são permeadas de operações envolvendo dados pessoais, tais como a coleta, acesso, classificação, armazenamento, processamento, transferência de dados das pessoas trabalhadoras, enquanto que, de forma específica, a relação de emprego, apresenta particularidades ainda mais contundentes a este respeito, seja pela necessidade de alterações contratuais, seja pela subordinação do empregado e o exercício do poder diretivo dos empregadores, possibilitando o monitoramento e a fiscalização das atividades desempenhadas no ambiente laboral.

Fato é que a concretização de uma cultura de proteção de dados pessoais, inclusive no âmbito empregatício, precisa ser edificada “de dentro para fora”, com a incorporação deste viés à identidade de organizações e ambientes corporativos.

A vigência da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) representa uma diretriz geral de comportamento, sendo certo que a efetiva realização e valorização da proteção de dados depende da atuação interna das corporações, empresas, instituições, e demais sujeitos ativos do tratamento de dados, por meio da elaboração de programas de *compliance*, que por sua vez “podem contribuir para o estabelecimento de critérios adequados à cada hipótese, para além de traduzir os preceitos legais em ações concretas a serem tomadas pelos agentes econômicos” (FRAZÃO; OLIVA; ABILIO, 2019, p. 697).

Ou seja, muito mais efetiva a existência de uma ferramenta de controle interna que incentive práticas de respeito à esta proteção, com a conscientização dos titulares, empregados, acerca da defesa de seus direitos, e reforce os ditames legais.

Em outras palavras, as relações estabelecidas entre os empregadores, considerados controladores e/ou operadores de dados, e os empregados, titulares de dados, precisam ser reguladas de forma específica, de modo que um *compliance* trabalhista eficiente depende de um projeto que considere as especificidades e a natureza dos negócios desenvolvidos por cada entidade empregadora, bem como pela necessidade de tratamento de dados, caso a caso.

De todo modo, a adoção de um *compliance* trabalhista, voltado para a proteção de dados pessoais depende da inserção das boas práticas à identidade da organização, para que a vivência em determinado ambiente de trabalho seja voltada para o respeito aos padrões éticos de

comportamento estabelecidos, havendo a conscientização dos empregados, em todos os níveis hierárquicos, para a incorporação desses valores aos ideais corporativos.

Diante disso, é fundamental que os programas de *compliance* sejam executados efetivamente, e que não sejam somente controles internos e documentos inutilizados, sem a concreta prática corporativa, cuja conduta pode gerar prejuízos e responsabilização às organizações, além de gerar eventuais danos aos empregados e titulares de dados. Ou seja, urge que as empresas atuem com coerência entre a vivência prática e os regramentos internos.

Estudiosos nomeiam referido descompasso como “*bluwashing*”, que se caracterizaria pelos casos em empresas atuam por meio de “‘compliance de fachada’ ou ‘compliance de papel’ [...] apresentam-se como observadoras da legislação trabalhista e socialmente responsáveis, mas, na realidade, descumprem reiteradamente os preceitos que dizem observar” (SILVA; PINHEIRO; BOMFIM, 2021, p. 51).

De um lado, há que se considerar que não só voltado para a proteção de dados, o *compliance* trabalhista demonstra ser indispensável para as práticas empresariais atualmente, uma vez que representa importante mecanismo executivo de legislações da seara do trabalho, como pontuam Fabrício Lima Silva, Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim (2021, p. 79, grifo dos autores):

O compliance trabalhista é uma ferramenta essencial para prevenção e gestão de riscos na área trabalhista, cuidando de garantir o cumprimento de normas trabalhistas (**função de cumprimento**), evitando que os riscos previstos ocorram (**função de prevenção**) e estimulando a adoção de boas práticas destinadas à valorização do capital humanos das empresas (**função de excelência laboral**) [...] com a adoção de medidas de detecção, prevenção e correção de erros, combater práticas que possam violar a legislação e elevar índices de satisfação com o clima organizacional da empresa, com reflexos positivos em seus resultados.

Ainda, a adoção de um programa de *compliance* trabalhista resulta em benefícios às empresas e instituições empregadoras, uma vez que contribuem para “reduzir a judicialização entre empregado e empregador, além de evitar multas e outras indenizações, manter a ética, a integridade, a idoneidade, a transparência da empresa” (CARLOTO, 2020, p. 25).

De fato, a prevenção e a redução de passivo com ações trabalhistas individuais e coletivas, ou ainda com punições administrativas, pelo descumprimento da legislação do trabalho ou da própria Lei Geral de Proteção de Dados é fator almejado pelas organizações, sendo importante para a formação de boa reputação empresarial, além de auxiliar na gestão de pessoas, e proteger os direitos dos empregados.

Por sua vez, o estabelecimento de uma cultura de proteção de dados, inserindo-a nos modelos éticos das empresas, por meio de adequações de comportamento e do cumprimento voluntário das normas de controle internos, em compasso com legislações trabalhistas e, inclusive, com a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), tem o condão de prevenir a ocorrência de lesões aos direitos da personalidade dos empregados, relacionados à privacidade, intimidade, autodeterminação informativa, livre desenvolvimento da personalidade, entre outros, além de

garantir melhores condições dos empregados exercerem suas atividades laborativas, por meio da criação de um meio ambiente de trabalho digno.

Acerca da valorização do trabalho humano e da garantia aos direitos da personalidade dos trabalhadores e, conseqüentemente, dos empregados, as estudiosas Leda Maria Messias da Silva, Ana Paula Baptista Marques e Maria Aparecida Alkimim (2021, p. 75) ensinam que:

[...] deve-se dar atenção à dimensão humana do trabalho, relacionando-o à dignidade e à própria subsistência da pessoa, tal como à dimensão patrimonial do trabalho, cuja finalidade é a retribuição pecuniária. Pelo abrigo dado ao trabalho pelo ordenamento jurídico brasileiro, regulado pela dignidade da pessoa humana e pelo valor social do trabalho, ressaltam-se tais direitos como garantidores de mínimo existencial necessário a uma vida digna, pelos valores constitucionalmente assegurados, que versam sobre a necessária proteção do trabalhador e seus direitos da personalidade.

Assim, destaca-se que o *compliance* trabalhista, voltado para a proteção de dados, com o emprego de algumas ferramentas próprias, são capazes de proteger os empregados de situações inadequadas no ambiente laborativo, posto que o *compliance* favorece a prevenção, a detecção e a punição dos responsáveis por condutas contrárias às normas e regulações internas, que possam levar a lesões aos direitos fundamentais e da personalidade dos empregados.

Selma Carlotto (2020, p. 32, grifo do autor) indica, em suma, que as principais ferramentas que podem ser aderidas são:

Os programas de treinamento e palestras, consultivo, regulamentos empresariais trabalhistas, os códigos de ética e de conduta, política de advertências, os canais de denúncia, registros do cumprimento da lei, os relatórios e avaliações de desempenho [...] o relatório de impacto à proteção de dados pessoais.

Dessa forma, a inserção de referidos mecanismos no ambiente laboral, por meio do *compliance* trabalhista, remodela os modelos éticos empresariais para uma cultura de proteção de dados, com respeito aos valores sociais do trabalho, efetivando as garantias constitucionais e protegendo os direitos da personalidade dos empregados, sendo exigida, ainda, a observância dos preceitos legais da Lei Geral de Proteção de Dados na gestão dos contratos de empregos, cujos principais aspectos serão abordados adiante.

2.1 PRINCIPAIS ASPECTOS DA GESTÃO DO CONTRATO DE EMPREGO FRENTE À LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

No que tange ao contrato de emprego, indubitavelmente os empregadores devem tomar precauções com o cumprimento dos preceitos advindos da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), considerando a transversalidade legislativa, que engloba qualquer atividade de tratamento de dados, exceto aquelas realizadas para fins exclusivamente particulares e não econômicos, embora a lei não disponha expressamente sobre sua aplicação ao contexto do trabalho.

Fato é que o tratamento de dados ocorre constantemente nessas relações, como dito alhures, sendo certo que o empregador deve empenhar o *compliance* de dados, e a adequação aos ditames legais, também voltado aos contratos de emprego com seus funcionários, ao longo de toda a relação empregatícia, ou seja, desde o momento anterior à contratação, durante todo o lapso da vigência contratual e, até mesmo, após a rescisão de referido contrato.

É crucial, então, enfatizar o quão importante são os cuidados que devem ser feitos nesse momento que, de envolvimento tão basilar, pode ser visto equivocadamente como menos sujeito à aplicação da Lei de dados ou das consequências de sua não observância (MARCOLINO; SILVEIRA, 2020, p. 213).

A operacionalização de dados pessoais, tais como coleta e avaliação, ocorre antes mesmo da relação empregatícia ter início, quando dos processos seletivos de contratação e recrutamento, análise de currículos etc., encontrando respaldo legal nas disposições do artigo 7º, inciso V, da Lei Geral de proteção de dados, uma vez que é permitido o tratamento de dados “quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato” (BRASIL, 2018).

Ainda assim, mesmo que não haja uma relação jurídica formalizada, os princípios e normas legais devem ser observados, sendo imprescindível o expresso consentimento do candidato autorizando o tratamento de seus dados, nos limites da finalidade, necessidade e adequação que devem lhe ser informados, de forma precisa e clara, em observância ao princípio da transparência, conforme dispõe o artigo 6º, da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

No momento pré-contratual, exige-se cautelas também relacionadas ao uso de técnicas automatizadas, algoritmos e operações tecnológicas nos processos seletivos de contratação. Embora muito comuns na atualidade, o emprego inadequado de mecanismos digitais pode reforçar práticas discriminatórias e inadequadas, tendo em vista que “informações equivocadas obtidas a partir de bancos de dados podem deturpar o processo de escolha e privar candidatos aptos de boas oportunidades” (SANKIEVICZ; PINHEIRO, 2021, p. 514).

Além disso, o uso de referidas técnicas deve ser comunicado de forma clara, até mesmo para que o titular de dados possa exercer seu direito de revisão, disposto pela LGPD², e visando assegurar o princípio da não discriminação, sendo expressamente vedada pela legislação de dados e pela Lei nº 9.029/1995 (BRASIL, 1995), e contrárias à boa-fé esperada neste tipo de relações.

No que diz respeito ao período de vigência do contrato de emprego, também devem ser observadas nuances normativas em relação ao tratamento de dados dos empregados, especialmente no que tange à elaboração contratual, bem como ao dia a dia do empregado e seu relacionamento com o ambiente de trabalho, posto que ocorrem operações de dados, seja para o acesso ao estabelecimento, seja para o controle de jornada e monitoração das atividades laborais, servindo

2 De acordo com o artigo 20, da LGPD: “Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade” (BRASIL, 2018).

tanto para empregos realizados presencial ou no formato remoto, seja para conferir licenças e atestados de saúde, entre outras situações decorrentes do emprego.

Precipuamente, vislumbra-se a necessidade implícita de adequação dos contratos de emprego que já se encontravam em execução antes da vigência da Lei Geral de Proteção de dados, sendo certo que “é válida e preventiva a reanálise dos documentos e contratos de relações de trabalho existentes, eis que a falta de cautela pode ensejar problemas vindouros” (MARCOLINO; SILVEIRA, 2020, p. 216), assim como dos contratos a serem firmados a partir disso.

É importante ressaltar que o direito do trabalho é, ainda, muito deficitário no que se refere à proteção de dados das pessoas que trabalham, frente aos seus empregadores e tomadores de serviços. Isso porque, as modificações legislativas atuais pouco vêm albergando proteção e garantias aos trabalhadores, sendo omissa, a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), neste ponto específico. Sendo assim, a tutela dos direitos dos trabalhadores, em especial, em relação à proteção de dados e da privacidade depende, muito embora, de interpretações feitas pelos estudiosos, operadores do direito, dos tribunais e da vivência prática das relações laborativas. De toda forma, convém que os empregadores se atentem aos ditames da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) na elaboração e execução dos contratos de emprego.

Assim, as principais particularidades que podem ser observadas na gestão do contrato de emprego se referem às cláusulas contratuais e à informação que deve constar das mesmas, sendo pacífico entre os estudiosos que as cláusulas relacionadas ao tratamento de dados dos empregados devem ser destacadas das demais, sendo recomendável que as assinaturas se deem em local específico para tanto (SILVA; PINHEIRO; BOMFIM, 2021, p. 751).

Ainda, fundamental que a principiologia da lei seja inserida em referidos documentos, antecipando a adequação de comportamentos práticos esperados tanto do empregador, quanto dos empregados, com o cumprimento dos princípios da finalidade, da transparência, da necessidade e da adequação.

Em outras palavras, o tratamento de dados dos empregados pode ocorrer de acordo com a necessidade das informações para a prestação laborativa, de forma informada, respeitando a finalidade e o legítimo interesse dos empregadores, sempre resguardando os direitos dos titulares empregados, os quais também devem ser comunicados, possibilitando o direito de revisão mencionado anteriormente.

Dentre as obrigações e responsabilidades dos agentes de tratamento de dados, empregadores, em relação aos empregados, pode-se vislumbrar o dever de informar a finalidade e as hipóteses legais que amparam o tratamento de dados, o qual ocorrerá por qual lapso temporal e em qual extensão, além de comunicar quais são os destinatários e quem é o encarregado.

Outro relevante aspecto da gestão do contrato de emprego frente à Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) e a adoção de programas de *compliance*, reside no consentimento e na disparidade entre as partes desta relação, sendo certa a hipossuficiência do empregado em relação ao empregador, mesmo nos casos de empregados chamados pela Lei 13.467/17 (BRASIL, 2017), “hipersuficientes”. Estes seriam os que auferem duas vezes o maior benefício da previdência

e possuem diploma de curso superior, o que, certamente, com tantos encargos sobre o salário, possuem uma relevante dependência econômica, pelo que, nada possuem de “hipersuficientes”³.

Uma vez que a lei abarca diversas situações que justificam o tratamento de dados, apontase o consentimento e o legítimo interesse como bases legais que merecem cautela, uma vez que podem ser contestados com maior facilidade, justamente em razão da mencionada disparidade entre as partes, seja pela necessidade econômica que o emprego representa para a subsistência da pessoa, seja pela subordinação, diante do exercício do poder diretivo, do poder fiscalizatório e disciplinar por parte do empregador, seja pelo maior conhecimento técnico sobre a implementação tecnológica no ambiente empregatício.

A pessoa empregada precisa acatar e se submeter às imposições empregatícias, sem grandes margens para debates e ponderações, até mesmo como condição para a manutenção do emprego, portanto, em se tratando de uso abusivo ou irregular de dados dos empregados, o consentimento pode não ter sido externado de forma livre, inequívoca e informada, como determina a LGPD⁴, enquanto o tratamento de dados pode extrapolar os limites da finalidade que justifique o legítimo interesse do empregador, acarretando lesões aos direitos da personalidade e liberdades dos empregados, situações também desfavoráveis ao empregador.

Embora o tratamento de dados dos empregados em decorrência de obrigatoriedade legal ou regulatória, pelo controlador, dispense o consentimento, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), o empregador não fica desobrigado da observância das demais imposições legais, conforme expressamente dispõe o parágrafo 6º do mesmo artigo⁵, sendo “necessário, portanto, cuidados com o exposto consentimento do trabalhador, bem assim com suas finalidades, mesmos nos casos que não demandam consentimento, pois as demais proteções continuam valendo” (MARCOLINO; SILVEIRA, 2020, p. 216).

Além disso, é importante destacar que a legislação de dados veda a obtenção de consentimento de forma generalista, de modo que as finalidades devem ser determinadas caso a caso, e indicadas de forma específica para que sua externalização seja válida, pelo que se justifica a importância de destacar, no contrato de emprego, as cláusulas relacionadas ao tratamento de dados, ou por meio aditivo ou, até mesmo, por documento a parte. Portanto, de acordo com Fabrício Lima Silva, Iuri Pinheiro e Vólia Bomfim (2021, p. 751):

[...] quando estivermos diante da pretensão de tratamento de diversos dados, deve ser assegurado ao titular dos dados a indicação pontual e específica de quais dados ele deseja consentir e para qual finalidade específica, em detrimento da prática de mercado

3 De acordo com o parágrafo único do artigo 444, da CLT: “A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (BRASIL, 1943).

4 Segundo o artigo 5º, inciso XII, da Lei Geral de Proteção de Dados, o consentimento pode ser considerado como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada;” (BRASIL, 2018).

5 De acordo com o artigo 7º, § 6º, da Lei Geral de Proteção de Dados: “A eventual dispensa da exigência do consentimento não desobriga os agentes de tratamento das demais obrigações previstas nesta Lei, especialmente da observância dos princípios gerais e da garantia dos direitos do titular” (BRASIL, 2018).

materializada pelo “all or nothing”.

Diante da hipossuficiência e da facilidade de invalidação do consentimento, revela-se viável que o tratamento de dados dos empregados, realizado no âmbito da relação empregatícia, tenha amparo em mais de uma hipótese legal, até mesmo para que se efetive o cumprimento das bases principiológicas da legislação. Aqui, novamente, vale ressaltar que o desenvolvimento da cultura de proteção de dados no ambiente de trabalho é fundamental para que sua prática seja consciente por parte de ambos os sujeitos da relação empregatícia e de tratamento de dados, iniciando-se pela transparência na elaboração dos contratos de emprego.

Outra questão relacionada ao consentimento para o tratamento de dados durante o exercício das atividades empregatícias pode ser levantada, em especial, no que se refere à utilização de dados sensíveis, como dados biométricos, para fins de identificar os empregados, bem como para controlar jornadas, intervalos, afastamentos e licenças médicas. Isso porque, o tratamento de dados sensíveis possui alto grau de intromissão na vida privada da pessoa empregada, potencializando riscos aos seus direitos da personalidade, liberdades e garantias fundamentais, asseguradas constitucionalmente.

Os estudiosos Alexandre Sankiewicz e Guilherme Pereira Pinheiro (2021, p. 517) sintetizam ilustremente as razões que inviabilizam o emprego do consentimento como única hipótese legitimadora para o tratamento de dados sensíveis, da seguinte forma:

[...] a mera obtenção desse consentimento não é algo a garantir, por si só, a segurança jurídica ao tratamento pelo empregador. Primeiro, porque o consentimento pode ser retirado a qualquer momento pelo empregado sem que, desse fato, possa haver qualquer prejuízo a outros direitos. Segundo, porque, tendo em vista o desequilíbrio de poder existente nas relações de trabalho, sempre se poderá questionar judicialmente a livre manifestação de vontade do subordinado no momento do consentimento para o fornecimento de dados biométricos.

Não se olvida que mesmo após a rescisão do contrato de emprego cabe a observância das diretrizes trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), uma vez que o encerramento contratual não representa, necessariamente, o término do tratamento de dados.

A obrigatoriedade de retenção de alguns documentos para fins fiscalizatórios, ou ainda para produção probatória em pretensões trabalhistas ou previdenciárias, encontra amparo no artigo 16, inciso I, da Lei Geral de Proteção de Dados, o qual dispõe sobre a possibilidade de conservação de dados pessoais para o “cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador” (BRASIL, 2018).

No entanto, o armazenamento, a transferência ou qualquer operação de tratamento realizada no período pós-contratual pode, eventualmente, gerar lesões aos direitos dos titulares de dados, de modo que se mantém vedada a utilização abusiva, inadequada e irregular de informações pessoais, ou ainda a “divulgação de ‘listas negras’, sejam aquelas que apontam empregados que entraram com ações trabalhistas ou as relativas àqueles que possuem atuação sindical

significativa” (BELLINETTI; SOUZA, 2019, p. 233), até mesmo por contrariar os modelos éticos organizacionais e a cultura de proteção de dados a ser implementada no âmbito das relações de emprego. Acrescente-se a isso, especialmente em relação à atuação sindical, quando motive a rescisão sem justa causa do contrato de emprego, o direito à reintegração do empregado, em face à dispensa arbitrária e aos danos morais decorrentes da lesão aos direitos da personalidade do empregado.

A adoção de medidas de *compliance* trabalhista voltado para a proteção de dados, com influência na gestão dos contratos de emprego revela-se, portanto, fundamental para a criação da cultura de proteção de dados nos ambientes laborativos, uma vez que, além de manter os agentes de tratamento em conformidade com a lei, promovem a educação e conscientização acerca da necessidade de proteger dados, conhecimento pouco difundido, nas mais diversas camadas sociais, embora o intenso tratamento de dados ocorra na sociedade contemporânea atingindo sobremaneira todos os indivíduos.

O *compliance*, por fim, representa importante mecanismo de orientação e adequação de comportamentos nos ambientes organizacionais, representando, principalmente, ferramenta de defesa dos direitos da personalidade por meio da conscientização individual a respeito das garantias legais e normativas advindas da Lei geral de Proteção de Dados, e pouco ensinadas e incorporadas ao ambiente empregatício.

CONCLUSÃO

O avanço tecnológico provocou modificações significantes nas relações de emprego, proporcionando uma intensificação da coleta e do tratamento de dados das pessoas empregadas, assim como ocorreu nas demais relações sociais da atualidade.

Pela essencialidade dos dados para o desenvolvimento socioeconômico, a Lei Geral de Proteção de Dados figura, no ordenamento jurídico brasileiro, como um marco legislativo em busca do empoderamento dos titulares de dados, visando proteger seus direitos, ao passo que proporciona a regulação do fluxo informacional.

Sendo assim, os sujeitos ativos no tratamento de dados devem estar em conformidade com as normas e princípios advindos da Lei Geral de Proteção de Dados, em prol da implementação da cultura protetiva de dados, a qual deve estar inserida internamente nas práticas empresariais, de modo a abranger as relações entre empregadores e empregados, enquanto agentes de tratamento e titulares de dados, respectivamente.

Em vista disso, a presente pesquisa se propôs a analisar o instituto do *compliance* de dados no âmbito do emprego como meio de efetivar a proteção de dados e garantir direitos da personalidade dos empregados, bem como verificar os principais aspectos considerados na gestão do contrato de emprego, relacionados à Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

Para tanto, observa-se que a adoção do *compliance* trabalhista, voltado para a legislação de dados, representa uma importante prática para concretizar a proteção de informações pessoais

nos ambientes internos das organizações, bem como para proteger direitos dos empregados, inclusive direitos da personalidade.

Dentre as boas práticas e governança estimuladas pelas disposições do artigo 50, da Lei Geral de Proteção de Dados, percebe-se que o *compliance* pode ser considerado uma forma mais específica de adequar a prática empresarial aos normativos legais, consistindo na elaboração de procedimentos e regramentos internos, os quais possibilitam a identificação e responsabilização por eventuais inadequações.

Além da conformidade com a legislação, outros benefícios aos empregadores (e agentes de tratamento de dados) decorrem da adoção do *compliance* trabalhista relacionado à nova lei, tais como, benefícios reputacionais e de imagem, aumento de valor e credibilidade ao negócio, consistindo em uma vantagem, um diferencial competitivo no mercado. Ainda, a demonstração do emprego de boas práticas, como o *compliance*, funciona como atenuante em casos de sanções administrativas, que podem ser aplicadas pelos órgãos fiscalizadores.

Além disso, pontua-se que as ferramentas de *compliance* contribuem para uma mudança nos modelos éticos e nas gestões empresariais, ou seja, além de possibilitarem a conformidade com as legislações trabalhistas, e demais normas, em especial com a LGPD, implementam a cultura de proteção de dados no ambiente interno das organizações, mostrando-se fundamental para prevenir e minimizar lesões aos direitos da personalidade dos empregados e demais colaboradores, propiciando um ambiente de trabalho digno.

Ademais, a promoção de ações conscientizadoras e educativas, como treinamentos, cursos e palestras, demonstram ser essenciais para difundir a cultura de proteção de dados, inclusive no âmbito do emprego, uma vez que ensinam sobre a proteção de dados, a importância de proteger suas próprias informações pessoais, bem como sobre os direitos da personalidade intrínsecos ao tratamento de dados, que podem sofrer lesões e ofensas pelo manejo inadequado, nas relações empregatícias.

De fato, o conhecimento acerca da proteção de dados não é difundido para todos os indivíduos, igualmente, embora não haja referida disparidade quando se trata de operar dados pela sua valoração socioeconômica, o qual pode ser fomentado nas relações empregatícias e nos ambientes laborativos, criando a cultura de proteger dados, primeiramente, no âmbito interno, de modo que tais diretrizes sejam incorporadas à identidade das organizações e demais agentes de tratamento de dados, empregadoras.

No que tange ao contrato de emprego, ressalta-se que a observância das normas trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018) deve ocorrer desde o momento pré-contratual, durante o período contratual, e após o término da relação empregatícia, tendo em vista que o tratamento de dados se tornou inerente à própria atividade de trabalho.

Dessa forma, a principiologia, as faculdades jurídicas e as normas trazida pela lei devem ser estritamente observadas, no que cabível, tanto na elaboração quanto na execução do contrato de emprego, por exemplo, com destaque para cláusulas contratuais que versem sobre o tratamento de dados dos empregados, e ainda, devem ser aderidas ao dia a dia do emprego, havendo o zelo pela

transparência na comunicação das decisões e práticas que envolvem dados, com a observância da finalidade e da adequação.

Inferem-se que algumas particularidades legais merecem maior atenção quando se trata da relação de emprego, como a informação sobre o uso de técnicas automatizadas, a utilização de biometria e de dados sensíveis na prática e no meio ambiente laborativo, além de precauções com o tratamento de dados baseado, somente, no consentimento.

Por fim, conclui-se, que o *compliance* trabalhista de dados apresenta, portanto, importantes ferramentas para atingir a finalidade maior da Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018), que corresponde à proteção dos titulares de dados, inclusive nas relações empregatícias e na gestão dos contratos de emprego, no que tange aos direitos da personalidade dos empregados, enquanto estimula a conscientização individual sobre a importância e os direitos relacionados ao tratamento de dados, incorporando, também, a cultura de proteger dados no ambiente laborativo.

REFERÊNCIAS

BELLINETTI, Luiz Fernando; SOUZA, Raíssa Fabris de. *Compliance* trabalhista: uma análise a partir da função social da propriedade e da responsabilidade socioambiental da empresa. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, ano 13, n. 40, p. 221-238, 2019. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/741/955>. Acesso em: 20 dez. 2022.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 150, n. 148, p. 1, 02 ago. 2013. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações – MCTIC. Lei nº 13.709, de 14 agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 155, n. 157, p. 59, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 82, n. 184, p. 11937, 1 maio 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, ano 154, n. 134, p. 1, 14 jul. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, p. 5361, 17 abr. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 20 dez. 2022.

CARLOTO, Selma. **Compliance Trabalhista**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2020.

CARVALHO, Vinicius Marques de; MATTIUZZO, Marcela; PONCE, Paula Pedigoni. Boas práticas e governança na LGPD. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 371-384.

FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato; ABILIO, Vivianne da Silveira. Compliance de dados pessoais. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei geral de proteção de dados pessoais e suas repercussões no direito brasileiro**. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. p. 677-715.

HISSA, Carmina Bezerra; GALAMBA, Priscilla Hissa do N. O impacto da LGPD na aplicação das normas de compliance. *In*: LIMA, Ana Paula Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (coord.). **Direito digital: debates contemporâneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 117-128.

MARCOLINO, Beatriz Aparecida; SILVEIRA, Daniel Barile da. A lei geral de proteção de dados e as relações de trabalho: o compliance como alternativa. **Revista Juris Unioledo**, Araçatuba, SP, v. 05, n. 04, p. 206-224, 2020. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/3725/654>. Acesso em: 20 dez. 2022.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

REIS, Beatriz de Felipe. A cultura de compliance em matéria de proteção de dados e sua adoção no âmbito laboral. **Revista de direito do trabalho e seguridade social**, São Paulo, v. 46, n. 214, p. 323-340, 2020. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/180571>. Acesso em: 20 dez. 2022.

SANKIEVICZ, Alexandre; PINHEIRO, Guilherme Pereira. Aspectos da proteção de dados nas relações de trabalho. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 511-526.

SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. **Manual do compliance trabalhista: teoria e prática**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

SILVA, Leda Maria Messias da; MARQUES, Ana Paula Baptista; ALKIMIM, Maria Aparecida. **Inteligência artificial e a dignidade do trabalhador no meio ambiente de trabalho: um difícil convívio?**. São Paulo: Editora LTr, 2021.

Como citar: DA SILVA, Leda Maria Messias; ALVES, Nadine Girardi. LGPD e *compliance*: a efetivação dos direitos da personalidade nas relações de emprego. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 91-111, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p91-111. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 03/12/2021.

Aprovado em: 14/12/2022.

O DIREITO DE VOTO EM SEPARADO PARA O CONSELHO FISCAL DA SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA

EXERCISING VOTING RIGHTS IN THE SEPARATE
ELECTION OF A MEMBER OF THE AUDIT
COMMITTEE OF A CLOSED JOINT STOCK
COMPANY

Cristiano Gomes de Brito*

Como citar: DE BRITO, Cristiano Gomes. O direito de voto em separado para o Conselho Fiscal da sociedade anônima fechada. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 112-129, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p112-129. ISSN: 2178-8189.

* Doutor em Direito Empresarial (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG/MG).
Mestre em Direito Comercial (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG/MG).
Especialista em Direito Processual Civil (Universidade Federal de Uberlândia – UFU/MG).
E-mail: cristianobrito@ufu.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3142-0097>.

Resumo: O presente trabalho tem por escopo analisar, por meio da metodologia dedutiva, o direito do acionista controlador ou majoritário, com direito a voto, na sociedade anônima fechada, detentor de ações preferenciais sem direito a voto ou com restrição, de participar da eleição em separado do representante dos preferencialistas no conselho fiscal. Demonstrar-se-á, por meio da análise teórica da legislação pátria e da doutrina, que este direito decorre do princípio constitucional da legalidade, em que qualquer restrição a direito deve ser prevista em lei, não se admitindo a interpretação extensiva para mitigar direitos dos acionistas. Comprovar-se-á que a retirada do direito do acionista controlador ou majoritário em não poder votar na eleição em separado dos representantes dos preferencialistas, violou direito de propriedade do acionista, pois impede de exercer seu pleno direito de propriedade. Demonstrar-se-á também que este direito do acionista é exercido em decorrência de seu poder político e de controle, natural do sistema de deliberação majoritária das sociedades anônimas, e que seu cerceamento atribuirá direito a acionista preferencialista naquilo que não foi previsto no estatuto social e na lei, sendo que o acionista sem direito a voto ou com voto restrito poderá exercer o direito de fiscalizar de outras formas prevista na legislação. Por fim, demonstrar-se-á que o Parecer de Orientação da CVM n. 19/90 não se aplica a sociedade anônimas de capital fechado, uma vez que a autarquia federal tem competência regulatória somente no mercado de valores mobiliários com negociação na bolsa ou no mercado de balcão e que por ser desprovida de força de lei, não deve restringir dos direitos à livre iniciativa, a autonomia de vontade e a liberdade de contratar dos acionistas.

Palavras-Chave: sociedade anônima fechada; conselho fiscal; eleição separada; ações; compartilhamento de preferências; direitos essenciais.

Abstract: This paper aims to analyze the right of the controlling or majority shareholder, with voting rights, in a closed joint stock company, who has preference shares without voting rights or with restrictions, to participate in the separate election of the preference shareholders' representative on the Audit Committee. We will demonstrate that this right derives from the constitutional principle of legality, whereby any restriction of a right must be provided for by law, not admitting extensive interpretation to mitigate shareholders' rights. We will propose that the removal of the controlling or majority shareholder's right so as not to be able to vote in the separate election of the preference shareholders' representatives would flagrantly violate the shareholder's right to ownership, since it prevents him from exercising his full ownership rights. We will also demonstrate that this right of the shareholder is exercised as a result of his political power and power of control, natural to the joint stock company system of majority decision making, and that its restriction will attribute a right to the preference shareholder which was not provided for by the company's bylaws or by the law itself, and that the shareholder without voting rights or with restricted voting rights may exercise the right to audit in other ways provided for by the law. Finally, we will demonstrate that the Brazilian Securities and Exchange Commission's Guidance Statement No. 19/90 does not apply to private joint stock companies, since that federal autarchy has regulatory competence only in the securities market with trading on the stock exchange or over-the-counter market and that because it does not have the force of law, it should not restrict shareholders' rights to free enterprise, autonomy of will and freedom to contract.

Keywords: closed joint stock company; audit committee; separate election; preference shares; essential rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo descrever e analisar o regime de eleição de membros do conselho fiscal da sociedade anônima (S/A) eleitos por voto em separado por acionistas que detêm ações preferenciais com restrição de direito ou de voto.

Como modelo institucional de sociedade, sua criação e funcionamento dependem do cumprimento de regras estritas emanadas da lei e dos estatutos, restringindo-se o consentimento dos acionistas à aceitação de uma disciplina legal e estatutariamente imposta, como o escopo de manter permanentemente o equilíbrio de forças.

A estabilidade é alcançada por meio dos direitos essenciais do acionista, fixados taxativamente na lei, como o direito de participação nos lucros e no acervo em caso de liquidação, de preferência na subscrição de novas ações, de retirada e de voto, não podendo o estatuto social e a assembleia geral privar seu exercício.

Dentre estes relevantes direitos, encontra-se, ainda, o de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, exercido nos limites fixados na lei, não possuindo caráter absoluto, uma vez que a LSA estipula como e quando este exercício é realizado, sendo uma das formas de atuação do conselho fiscal.

Avexatioquestio reside na hipótese de nas sociedades anônimas de capital fechado, o acionista detentor de ações com direito a voto, sendo acionista também preferencialista, exercer o direito de voto na eleição de membro do conselho fiscal, em vaga destinada aos preferencialistas.

Ao longo do trabalho, demonstrar-se-á, por meio da metodologia dedutiva, que o acionista controlador ou majoritário, na sociedade anônima fechada pode, sendo titular de ações com restrição de voto, participar da eleição em separado dos representantes dos preferencialistas. Para tanto, inicialmente, será abordado o regime legal das sociedades anônimas, bem como o exercício do direito de fiscalizar. Posteriormente, a análise da eleição em separado dos membros do conselho fiscal e a inaplicabilidade do parecer de orientação da Comissão de Valores Mobiliários n. 19/90 nas sociedades anônimas de capital fechado.

1 REGIME LEGAL DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

A sociedade anônima é um tipo societário institucional, em que as relações e vínculos entre os sócios não são regidos pelos princípios do direito contratual, em que seus atos constitutivos decorrem de uma deliberação dos fundadores, manifestada em assembleia geral ou escritura pública, fundando uma instituição à qual os futuros acionistas subscritores irão aderir, sem nada contratarem entre si, conforme BRITO (2007, p. 46).

O equilíbrio é alcançado por meio dos direitos essenciais do acionista, fixados taxativamente na lei, não podendo o estatuto social e a assembleia geral privar seu exercício, formando um sistema de tipicidade fechada, dos quais são incluídos o de participar dos lucros

e do acervo da companhia, em caso de liquidação, fiscalizar a gestão dos negócios sociais, preferência para a subscrição de ações, partes beneficiárias conversíveis em ações, debêntures conversíveis em ações e bônus de subscrição e retirar-se da sociedade, como fixados no art. 109, da LSA.

Para COSTA (1993, p. 359), a ideia de instituição é a de organização social permanente e com equilíbrio de forças, um autêntico estado de direito que não se subordina à execução de qualquer ato por um de seus membros.

Salienta MARTINS (1960, p. 325) que nessas sociedades há acentuada intervenção estatal, limitando a liberdade das partes contratantes pela imposição de normas de caráter público, sendo que nessa categoria, estariam situadas as sociedades por ações, não só em virtude de sua origem, como pelo seu modo especial de funcionamento, em que os sócios têm que se amoldar aos diversos princípios próprios de uma corporação.

Como modelo institucional, a companhia foi concebida para a segurança do capital investido, insuscetível de estar à mercê das insatisfações pessoais dos acionistas controladores, não controladores, com ou sem direito a voto ou minoritários. Por essas razões, as relações de poder nas companhias são instáveis, devido ao conflito de interesses entre os acionistas. Contudo, independentemente desses embates, como modelo institucional, a Lei de Sociedade Anônima -LSA previu que essas relações fossem equilibradas e estáveis. De um lado, os acionistas controladores, detentores do poder de conduzir a sociedade, haja vista o princípio majoritário das deliberações sociais. De outro, os acionistas minoritários, votantes ou não, detentores do capital, mas que não comandam o destino da sociedade.

Por essa razão, os direitos essenciais garantem a estabilidade nas relações de poder na companhia, representando segurança na manutenção da posição acionária. Estes direitos visam justamente evitar que questões subjetivas, interpretações extensivas, de caráter vago, não mensuráveis, sejam capazes de interferir nas relações de poder nas companhias, em face de seu caráter institucional.

Afinal, ao interpretar de forma sistêmica, vê-se claramente que este foi o escopo do legislador, tanto que, na LSA não há qualquer menção de direito do acionista com fundamento ou de interpretação subjetiva, o que exclui interpretações extensivas.

A LSA estabelece duas obrigações para o acionista: art. 106- realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, as prestações correspondentes às ações subscritas ou adquiridas; art. 115- dever de exercer o direito de voto no interesse da companhia, evitando o abuso de direito e conflito de interesses.

Este segundo dever não se restringe somente ao exercício do voto. Deve ser entendido também como obrigação do acionista de se comportar perante a companhia de tal forma que não a prejudique, sendo que todos os seus atos devem ser convergidos a seu favor.

2 O DIREITO DE FISCALIZAR

Os direitos essenciais, elencados no art. 109 da LSA, são aqueles que não podem ser alterados ou modificados pela assembleia geral e pelo estatuto social, por decorrer da natural condição de acionista.

Dentre estes relevantes direitos, encontra-se, no inciso III, o de fiscalizar, na forma prevista nesta lei, a gestão dos negócios sociais. Como se depreende o próprio texto legal, o direito é exercido nos limites fixados na lei, não possuindo caráter absoluto, uma vez que a LSA estipula como e quando este exercício é realizado.

Por essa razão, assevera Corrêa-Lima (1994, p. 29) que o direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, na companhia, somente pode ser exercido na forma prescrita em lei, em que a estrutura desenhada pelo legislador para a companhia é extremamente formal, sofisticada e dispendiosa.

Como instrumento desse direito, tem-se a instalação do conselho fiscal, o acesso a livros e balanços da sociedade, levantamentos contábeis periódicos, aprovação ou rejeição das contas apresentadas em assembleias, recebimento de informações financeiras (balanço e relatórios), e auditoria¹.

Com o escopo de minimizar os conflitos decorrentes do direito e dever de fiscalizar, Carvalho (2014, p. 596, 599) ensina que no direito estrangeiro, a fiscalização dos atos e das contas dos administradores ocorre, em regra, com a adoção de autoria externa, em que a fiscalização é obrigatoriamente exercida por um ou vários profissionais independentes, geralmente nomeado pela assembleia geral, com a responsabilidade de certificar a regularidade e a veracidade das demonstrações financeiras das companhias para os acionistas. Esta sistemática é utilizada na França, com a nomeação dos *commissairesauxcomptes*, na Inglaterra, como os *auditors*, nos EUA, com os *auditing*, e na Itália, com o *collegiosindacale*, em que as companhias são obrigadas a escolher, pelo menos, um profissional externo para compor o conselho.

O sistema jurídico pátrio² adota semelhante mecanismo, porém somente nas demonstrações financeiras das companhias abertas e as de grande porte são obrigatoriamente submetidas a auditores independentes, ou seja, não se aplica as sociedades anônimas de capital fechado, o que de certa forma contribui para o tensionamento das relações de poder na companhia, em face da eleição de membros do conselho fiscal.

A LSA, art. 161, estabelece que a companhia terá um conselho fiscal podendo ser de modo permanente ou nos exercícios sociais em que for instalado a pedido de acionistas, isto é, de existência obrigatória, mas de funcionamento facultativo, sendo composto de, no mínimo, três e, no máximo, cinco membros, acionistas ou não, eleitos pela assembleia geral.

Sua função primordial é a fiscalização da gestão da sociedade³, por meio de decisão cole-

1 Conforme arts. 161, 100, § 1º, 105, 121, 133, 135, § 3º e 177, § 3, da LSA.

2 Lei 6.040/76, arts. 133, III, 177, §3º e 275 §4º e Lei 11.638/07, art. 3º.

3 LSA, art. 163. Compete ao conselho fiscal:

I - fiscalizar, por qualquer de seus membros, os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários; II - opinar sobre o relatório anual da administração, fazendo constar do seu parecer as

giada, ou de forma individual de cada conselheiro, devendo seus membros exercer suas funções no interesse exclusivo da sociedade, tendo os mesmos deveres dos administradores⁴, podendo responder pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.

Neste sentido, a LSA estabelece que os membros do conselho fiscal deverão exercer suas funções no exclusivo interesse da companhia, considerado abusivo o exercício da função com o fim de causar dano à companhia, ou aos seus acionistas ou administradores, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz *jus* e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia, seus acionistas ou administradores.

Por óbvio, esse regramento se aplica tanto aos conselheiros eleitos pelos controladores, como pelos não controladores, como a minoria ou os desprovidos do direito de voto.

Explica Carvalhosa (2014, p. 594), que é da competência do conselho ou de cada conselheiro, individualmente, fiscalizar os atos dos administradores e verificar o cumprimento de seus deveres legais e estatutários, denunciar aos órgãos de administração e à assembleia os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à companhia, apresentar e ler os pareceres e representações na assembleia, independentemente.

Na constituição do conselho fiscal, os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, dez por cento ou mais das ações com direito a voto. Os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea a, mais um.

Desta feita, na assembleia geral, serão realizadas três eleições em separado, sendo uma para eleger o representante dos titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, uma para eleger o representante dos acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, dez por cento ou mais das ações com direito a voto, e outra dos demais acionistas com direito a voto, sempre respeitando a regra de que estes titulares serão eleitos em número igual ao dos demais eleitos, mais um. Desse modo, a maioria dos titulares com direito a voto terão a maioria no conselho fiscal, pois sempre elegerão um conselheiro a mais.

Por conseguinte, nas sociedades anônimas de capital fechado, o acionista detentor de ações com direito a voto, sendo acionista também preferencialista pode exercer o direito de voto

informações complementares que julgar necessárias ou úteis à deliberação da assembleia-geral; III - opinar sobre as propostas dos órgãos da administração, a serem submetidas à assembleia-geral, relativas a modificação do capital social, emissão de debêntures ou bônus de subscrição, planos de investimento ou orçamentos de capital, distribuição de dividendos, transformação, incorporação, fusão ou cisão; IV - denunciar, por qualquer de seus membros, aos órgãos de administração e, se estes não tomarem as providências necessárias para a proteção dos interesses da companhia, à assembleia-geral, os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, e sugerir providências úteis à companhia; V - convocar a assembleia-geral ordinária, se os órgãos da administração retardarem por mais de 1 (um) mês essa convocação, e a extraordinária, sempre que ocorrerem motivos graves ou urgentes, incluindo na agenda das assembleias as matérias que considerarem necessárias; VI - analisar, ao menos trimestralmente, o balancete e demais demonstrações financeiras elaboradas periodicamente pela companhia; VII - examinar as demonstrações financeiras do exercício social e sobre elas opinar; VIII - exercer essas atribuições, durante a liquidação, tendo em vista as disposições especiais que a regulam.

4 Nos termos do art. 165, LSA.

na para eleição de membro do conselho fiscal, em vaga destinada aos preferencialistas, como se demonstrará a seguir.

3 A ELEIÇÃO EM SEPARADO DE MEMBROS DO CONSELHO FISCAL

O sistema jurídico pátrio é alicerçado no princípio da legalidade, alçado a direito e garantia fundamental, como previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal - CF. Por este princípio, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, decorrendo deste postulado jurídico, geral e abstrato, que somente a lei, no sentido material e formal, poderá criar, retirar, vedar, modificar direitos e deveres, vinculada a ditames legais e disciplinadores de suas atividades.

Partindo desse princípio constitucional, o art. 161, § 4º, da LSA, estabelece que, na constituição do conselho fiscal: a) os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, terão direito de eleger, em votação em separado, 1 (um) membro e respectivo suplente; igual direito terão os acionistas minoritários, desde que representem, em conjunto, 10% (dez por cento) ou mais das ações com direito a voto; b) os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea a, mais um.

Assim, quando da eleição, deve-se reunir todos os acionistas presentes, para deliberarem a eleição do membro do conselho fiscal, que será eleito, em votação em separado, pela maioria de votos dos acionistas preferencialista presentes a assembleia.

Dessa forma, a LSA assegura aos titulares de ações preferenciais com restrição de voto, a eleição de um membro no conselho fiscal, independentemente da representatividade dos preferencialistas no capital social ou se estes preferencialistas possuem ou não ações ordinárias ou se detém o poder de controle ou se são majoritários.

Como se vislumbra, a lei não prevê nenhuma limitação, restrição ou vedação a votos dos preferencialistas para a eleição em separado de membro do conselho fiscal. Se houvesse, a lei expressamente vedaria a participação do acionista controlador ou majoritário, na eleição no conselho fiscal de detentores de ações preferenciais, quando titular de ambos tipos de ações.

Logo, o acionista detentor de ações com direito a voto, sendo acionista preferencialista, pode exercer o direito de voto para eleição de membro do conselho fiscal, em vaga destinada a eleição por acionais preferencialista.

Registre-se que, nas regras das sociedades empresárias, como as anônimas de capital fechado, o princípio majoritário não se consolida no número de votos por acionista, mas sim, da maior parcela de recursos investidos na sociedade, materializada na aquisição das ações integralizadas pelos acionistas. Quanto maior o capital investido, maior será seu poder de voto na sociedade, prevalecendo o princípio majoritário nas deliberações sociais.

Desse raciocínio, abstrai-se então que o investidor, seja ele ordinário ou preferencialista,

em face do seu *status* de acionista, pode exercer todos os direitos atribuídos a sua condição de acionista, sendo certo que, as restrições a qualquer exercício de seus direitos, como o direito de votar, somente podem ser excluído ou restringido por lei, sendo vedado no sistema legal vigente, qualquer restrição ou retirada de direito sem previsão legal expressa, impedindo-se qualquer interpretação extensiva ou presumida.

Ressalta-se que, quando o legislador previu, no corpo de normas da LSA, limitação aos direitos dos acionais, o fez de forma excepcional e expressa, retirando qualquer elemento de subjetividade ou de interpretação duvidosa quanto a seus efeitos, como se verifica na eleição em separado de membro do conselho fiscal, na implementação do voto múltiplo, e na restrição do direito a voto nas ações preferenciais, dentre outros.

Ao compulsar o art. 161, verifica-se que o legislador não utiliza o termo “acionista majoritário” ou “acionista controlador” para estabelecer as regras específicas ou restritas de eleição em separado do conselho fiscal. De forma clara, prevê tão somente que a totalidade dos acionistas preferencialista sem direito a voto ou com voto restrito elegerão um membro no conselho fiscal. Para o cômputo da totalidade dessas ações, não há qualquer restrição legislativa quanto aos titulares da participação acionária, devendo ser computada sua universalidade, sem exclusão.

Se assim fosse, a LSA preveria, *v.g.*, que os titulares de ações preferenciais sem direito a voto, ou com voto restrito, “*excluídos o acionista controlador ou majoritário, se titulares de ações preferenciais ou com voto restrito*”, teriam direito de eleger, em votação em separado um representante no conselho fiscal da sociedade.

Porém, essa redação não é a vigente, e não pode ser alterada hermeneuticamente em face do princípio da legalidade. Em se admitindo essa interpretação restritiva, certamente causará instabilidade no equilíbrio de poderes políticos arquitetado na LSA, vez que os acionistas e investidores, ao orientarem seus votos e investimentos não terão a segurança jurídica e a previsibilidade essenciais às regras do direito societário.

Como regra de hermenêutica, a interpretação literal, sistemática e finalística, não autorizam o intérprete a instituir requisitos para serem aplicados no caso concreto, uma vez que não foram criados ou modificados pelo legislador. Tais circunstâncias se agravam porque as alterações “interpretativas” da legislação não podem ser previstas pelos investidores e, ainda que antevíssem, certamente aportariam o capital ou elaborariam estatuto social ou acordo de acionista de modo diverso.

Interessante destacar que a Lei 10.303/01, chamada de *minireforma* da LSA, alterou consideravelmente pontos relevante no sistema da sociedade anônimas, como a oferta pública para fechamento de capital, limites para emissão das ações ordinárias e preferenciais, resgate de ações, adoção do mecanismo de arbitragem, dever de informar e o uso de informações privilegiadas, dentre outras.

Nesse diploma legal havia a previsão de alteração do art. 161, da LSA, estabelecendo que na companhia aberta, o conselho fiscal seria composto de 3 (três) membros e suplentes em igual número, acionistas ou não, eleitos por assembleia, e, na sua constituição, seriam observadas as

seguintes normas: I - os titulares de ações preferenciais sem direito de voto ou com voto restrito, em conjunto com os titulares de ações ordinárias, excluído o acionista controlador, terão direito de eleger, em votação em separado, um membro e respectivo suplente; II - o acionista controlador terá direito de eleger um membro e seu respectivo suplente; III - o terceiro membro e seu respectivo suplente serão eleitos em comum acordo, pelos acionistas referidos nos incisos I e II deste parágrafo, devendo cada grupo indicar um representante para, em assembleia, proceder à eleição. Não havendo consenso, a assembleia deliberará por maioria de votos, cabendo a cada ação, independentemente de sua espécie ou classe, o direito a um voto.

Porém, mesmo com a aprovação do Congresso Nacional, o artigo foi vetado pelo Presidente da República à época, ao argumento de que a alteração contrariava o espírito da lei, uma vez que estabelecia uma norma discrepante da legislação que somente ações com direito a voto podem exercê-lo para a eleição dos órgãos da companhia, sendo que a única exceção a norma contida no inciso I desse § 5º, seria uma interferência indevida da lei na iniciativa dos acionistas. O veto foi alicerçado ainda, no argumento de que, caso a companhia entenda que as eleições devam seguir o procedimento proposto no projeto de lei aprovado, bastaria que os estatutos reflitam esse procedimento, uma vez que a proposta criaria a possibilidade de ditadura da minoria e o exercício de pressões ilegítimas por parte de quem sobrepõe seus interesses particulares ao da companhia, o que contrariava o espírito do moderno direito empresarial (BRASIL, 2001).

Esse veto, segundo Carvalhosa (2014, p. 594) ocorreu após pressão dos controladores, ao argumento de que criaria a possibilidade de ditadura das minorias e o exercício de pressões ilegítimas por parte dos acionistas que puderem se sobrepor seus interesses particulares ao da companhia. Assim, tendo sido objeto de veto a redação proposta pelo Congresso ao §5º do art. 161, não foi alterada a composição do conselho fiscal. Porém, explica o autor, que, visando reforçar a atuação fiscalizadora independente do conselho fiscal, a Lei 10.303/01 aumentou as hipóteses em que o conselheiro pode atuar individualmente.

Vislumbra-se, dessa forma, que se buscou alterar, de forma legítima, política, democrática e legalmente, a regra de eleição em separado de membro do conselho fiscal, porém, a iniciativa não vingou, em decorrência do veto presidencial, não derrubado pelo Congresso Nacional. Logo, se o caminho legal e constitucional para a alteração da norma, por questões políticas e legislativas inerentes à democracia não lograram êxito, não deveria ser por uma interpretação extensiva, sem previsão legal, que se retiraria dos acionistas os direitos decorrentes da titularidade das ações ordinárias e preferenciais concomitantemente. Afinal, não haveria muita serventia ao acionista ordinário deter ações preferenciais com restrição de voto, se, nas poucas hipóteses em que pode exercer o direito de voto, ser tolhido desse direito expressamente previsto em lei.

Depreende-se dessa forma, que não deve ser acrescido, retirado ou limitado à previsão legal requisitos que o legislador, podendo adotar, não quis fazê-lo. Se havia exemplos e possibilidade de restringir o exercício do direito do acionista majoritário ou controlador, detentor também de ações preferenciais com voto restrito, na eleição em separado de membro do conselho fiscal, reservado a titulares das ações preferenciais, que o controlador ou majoritário também possuía,

torna-se evidente que esposou a orientação normativa de manter-se fiel ao texto da lei. Em suma, a restrição de direito não pode ser presumida, decorre expressamente da previsão legal.

Ademais, em se admitindo a tese de que o acionista controlador ou majoritário não pode, por ser titular de ações ordinárias e preferenciais, votar na eleição em separado dos representantes dos preferencialistas, violaria flagrantemente o direito de propriedade do acionista, uma vez que impede de exercer seu direito de propriedade.

Como regra de mercado, o arquétipo societário tem por objetivo proteger o investimento privado nas sociedades, promovendo e aumentando a segurança jurídica do empreendedor e investidor do capital aportado na sociedade.

Afinal, a Constituição Federal estabelece que a ordem econômica está fundada na valorização da livre iniciativa e concorrência, na função social da propriedade dentre outros, sendo a atividade empresária o cerne do desenvolvimento econômico⁵.

Conforme verifica na LSA⁶, não há restrição a que o acionista preferencialista, ao mesmo tempo, seja controlador ou majoritário, possa eleger membro do conselho fiscal na cota dos preferencialistas.

Por outro lado, não se verifica, por si só, a existência de conflito de interesse entre o acionista controlador ou majoritário, detentores de ações ordinárias e preferenciais com restrição de voto, em votar e eleger, na vaga destinada a eleição de representantes com ações desprovidas de voto, membro do conselho fiscal.

Contudo, esse não é o entendimento da doutrina, não obstante não distinguir sua aplicação às companhias de capital aberto ou fechado, como Lucena (2009, p. 203, 697), Coelho (2003, p. 230) e Eizirik (2015, p. 207), para quem, caso o controlador tenha ações sem direito de voto, não poderá utilizá-las na votação em separado dos titulares de ações de tal classe, uma vez que a norma visa a permita efetiva participação dos minoritários na fiscalização dos administradores.

Porém, não se deve entender que a eleição de membros minoritários e preferencialistas, não obstante ser uma eficiente ferramenta de fiscalização, seja uma panaceia, em que esta eleição resolva os conflitos e questionamento entre os acionistas controladores e não controladores, majoritários e minoritários.

Isto porque, o assento de representante dos preferencialistas como membro do conselho fiscal, não é o único, exclusivo ou eficiente método do exercício do direito de fiscalizar, até porque sempre o controlador deterá a maioria dos membros do conselho fiscal⁷. Dentro do sistema legal, esses acionistas podem exercer o direito de fiscalizar por meio da participação na assembleia geral, com acesso as informações financeiras, materializada nos balanços periódicos e relatórios, acesso aos livros da companhia, acesso às informações referentes a fatos relevantes e operações realizadas pelos administradores.

Destaca-se que a LSA, enumera expressamente uma série de direitos aos acionistas, no-

⁵ Art. 170, CF.

⁶ Art. 161, § 4º da LSA.

⁷ Conforme art. 161, § 4, “b”, da LSA, prevendo que “os demais acionistas com direito a voto poderão eleger os membros efetivos e suplentes que, em qualquer caso, serão em número igual ao dos eleitos nos termos da alínea ‘a’, mais um.”

tadamente os que possuem menor participação acionária, ordinária ou preferencial (não controladores), como por exemplo:

- I. Art. 105. A exibição por inteiro dos livros da companhia pode ser ordenada judicialmente sempre que, a requerimento de acionistas que representem, pelo menos, 5% (cinco por cento) do capital social, sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer dos órgãos da companhia;
- II. Art. 123, par.un. A assembleia-geral pode também ser convocada: c) por acionistas que representem cinco por cento, no mínimo, do capital social, quando os administradores não atenderem, no prazo de oito dias, a pedido de convocação que apresentarem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas;
- III. Art. 124, § 3º Nas companhias fechadas, o acionista que representar 5% (cinco por cento), ou mais, do capital social, será convocado por telegrama ou carta registrada, expedidos com a antecedência prevista no § 1º, desde que o tenha solicitado, por escrito, à companhia, com a indicação do endereço completo e do prazo de vigência do pedido, não superior a 2 (dois) exercícios sociais, e renovável; essa convocação não dispensa a publicação do aviso previsto no § 1º, e sua inobservância dará ao acionista direito de haver, dos administradores da companhia, indenização pelos prejuízos sofridos.
- IV. Art. 126 § 3º É facultado a qualquer acionista, detentor de ações, com ou sem voto, que represente meio por cento, no mínimo, do capital social, solicitar relação de endereços dos acionistas, para os fins previstos no § 1º, obedecidos sempre os requisitos do parágrafo anterior.
- V. Art. 141. Na eleição dos conselheiros, é facultado aos acionistas que representem, no mínimo, 10% (dez por cento) do capital social com direito a voto, esteja ou não previsto no estatuto, requerer a adoção do processo de voto múltiplo, por meio do qual o número de votos de cada ação será multiplicado pelo número de cargos a serem preenchidos, reconhecido ao acionista o direito de cumular os votos em um só candidato ou distribuí-los entre vários.
- VI. Art. 157. § 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembleia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social: a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior; b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior; c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo; d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível; e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia.
- VII. Art. 159, § 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

- VIII. Art. 161, § 2º O conselho fiscal, quando o funcionamento não for permanente, será instalado pela assembleia-geral a pedido de acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto, e cada período de seu funcionamento terminará na primeira assembleia-geral ordinária após a sua instalação.
- IX. Art. 163, § 6º O conselho fiscal deverá fornecer ao acionista, ou grupo de acionistas que representem, no mínimo 5% (cinco por cento) do capital social, sempre que solicitadas, informações sobre matérias de sua competência.
- X. Art. 206, II, “b”, Dissolução da companhia, por decisão judicial, quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
- XI. Art. 246, § 1º A ação para haver reparação cabe a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;
- XII. Art. 277. O funcionamento do Conselho Fiscal da companhia filiada a grupo, quando não for permanente, poderá ser pedido por acionistas não controladores que representem, no mínimo, 5% (cinco por cento) das ações ordinárias, ou das ações preferenciais sem direito de voto (BRASIL, 1976).

Compreende-se dessa forma, que o acionista preferencialista não fica privado do exercício do direito de fiscalizar.

Importante ressaltar que a retirada do direito a voto ou sua restrição por meio das ações preferenciais é um dos pilares políticos que alicerça o poder de controle nas companhias, vez que, ao constituir a sociedade, em especial de capital fechado, retira do preferencialista o direito de participar das deliberações sociais e da administração em troca de uma vantagem no recebimento do dividendo, não extensível aos detentores de ações ordinárias.

Desta feita, verifica-se claramente que o art. 161, §4º, abarca todas as ações preferenciais ou com voto restrito, sejam ações nominativas ou escriturais, não fazendo também qualquer restrição ao titular dessas ações preferenciais, podendo então participar da eleição os acionistas controladores, pois são titulares também de ações preferenciais.

Ao indicar um membro para o conselho fiscal, o acionista está exercendo uma das faces de seus *status* de acionista que a lei assegura, qual seja, o poder político do acionista pois, ainda que controlador ou majoritário e detentor de ações preferenciais, não pode lhe ser retirado esse direito, pois em decorrência da previsão legal e estatutárias tornou-se acionista nestas condições, sendo temerário para a sociedade e o mercado, a alteração das regras societárias por meio de critérios de interpretação subjetivos que sem previsão legal, retiram direitos

Ademais, não se pode negar a existência do abuso de minoria nas sociedades anônimas fechadas, já reconhecida na doutrina, em decorrência do interesse social⁸ e do conflito de interesses, a justificar o interesse legítimo do exercício do direito de voto na eleição em separado de membro do conselho fiscal da sociedade anônima por acionistas detentores em comum de ações ordinárias e preferenciais.

⁸ Nesse sentido, Von Adamek (2010, p. 375) esclarece que a análise das múltiplas situações expressamente reconhecido nos arts. 115, 166, par único, 129, §2º, 154, 155, II, 156, 157, §3º, e 159, §2º 6º, da LSA.

de abuso de minoria permite segregá-las em situações de abuso positivo (ou comissivo), que resultam da conduta ativa do agente pela qual este impinge, em assembleia, uma decisão minoritária abusiva aos demais sócios ou, fora dela, exerce os seus direitos de sócios de maneira desvirtuada, e situações de abuso negativo (ou omissivo), em que, pelo contrário, a conduta censurável decorre do fato de o sócio, utilizando do seu poder, manter-se inerte, nos casos em que deveria agir, ou atuar no sentido de bloquear o processo decisório – impedindo, com isso, a tomada de deliberações societárias.

Afinal, como ensina Corrêa Lima (2005, p. 321), fiscalizar não significa tumultuar e, muito menos chantagear a companhia, advertindo sobre os casos em que conselheiros ficais passam a agir como porta-vozes de interesses escusos de minoritários (não controladores) envolvidos em ações judiciais temerárias ajuizadas por minoritários contra a companhia com o objetivo de chantageá-la ou chantagear o controlador, forçando-os a adquirir as suas ações por preço superior ao de mercado.

Como se vislumbra, os direitos dos acionistas preferencialistas sem direito a voto ou com restrição de voto, bem como os acionistas minoritários detentores de ações ordinárias, possuem uma série de direitos e privilégios, dentre eles de votar, convocar e participar de assembleia, eleger representantes, requerer documentos, que são expressamente previstos na lei, qualificado por exigência de quórum ou participação mínima no capital

Deve-se então concluir que na votação em separado dos acionistas preferencialistas, para a eleição de seu representante no conselho fiscal, poderá participar os acionistas, controladores ou não, que detenham concomitante ações ordinárias e preferenciais, sendo que esta participação não acarretará na violação ao efetivo direito essencial de fiscalizar, vez que os acionistas minoritários detêm inúmeros meios e recursos para exercê-lo.

4 INAPLICABILIDADE DO PARECER DE ORIENTAÇÃO CVM N. 19/90 NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS DE CAPITAL FECHADO

De forma a regular as relações da companhia de capital aberto com seus investidores e acionistas, a Comissão de Valores Mobiliários-CVM, elaborou Parecer de Orientação CVM n. 19/90, no sentido de que no “direito atribuído por lei aos preferencialistas, deve-se entender que da votação em separado desses acionistas para a eleição de seu representante no Conselho Fiscal não poderão participar os acionistas controladores, ainda que portadores também de ações preferenciais.”

Na hipótese tratada neste trabalho, que tem por objeto a sociedade anônima de capital fechado, esse entendimento da CVM não deve ser admitido, pois a companhia de capital fechado não tem seus valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, como define o art. 4º da LSA.

Isso porque não cabe a CVM, mesmo sendo uma autarquia federal com poderes de regular o mercado de capitais, por meio de um parecer, desprovido de qualquer força legal, restringir direito ou condicionar o exercício do direito do preferencialista, violando a princípio da legalidade.

A Lei 6.385/76, art. 1º, impõe a CVM disciplinar e fiscalizar a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado, a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários e no mercado de derivativos, a organização, o funcionamento e as operações das bolsas de valores, a organização, o funcionamento e as operações das bolsas de mercadorias e futuros, a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários, a auditoria das companhias abertas, os serviços de consultor e analista de valores mobiliários, dentre outras atividades.

Tem poderes para, segundo o art. 9º, com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores, suspender ou cancelar os registros, divulgar informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado, proibir aos participantes do mercado, sob cominação de multa, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento regular, dentre outras medidas.

Depreende-se dessa forma, que a CVM, tem seu poder regulatório, fiscalizatório e punitivo definido em lei, não podendo extrapolar os limites legais.

Quando o legislador autoriza a CVM regulamentar ou restringir direito, o faz de forma expressa, a exemplo do previsto no art. 291, da LSA, ao estabelecer que a autarquia poderá reduzir, mediante fixação de escala em função do valor do capital social, a porcentagem mínima aplicável às companhias abertas.⁹

Pela sistemática da LSA, o direito de fiscalizar nas sociedades de capital aberto e fechado não tem a mesma roupagem, seja por possuírem estruturas diferentes, seja por perfil distintos dos acionistas, em face das singularidades e características de cada tipo, inclusive nos interesses dos acionistas, razão pela qual nas abertas há a necessidade de intervenção, regulação e fiscalização da CVM, como previsto na Lei 6.385/76.

Afinal, quanto ao financiamento das companhias de capital fechado, seus recursos para constituição ou aumento de capital (desenvolvimento), não vem por meio de oferta pública de ações (público investidor) e, sim, de forma privada e restrita, comumente associada a um acordo de acionistas, circulando de forma limitada. Ademais, ainda na seara da competência, a CVM não detém poder para regular ou modificar regras referente as sociedades anônimas fechadas, que não possuem ações na bolsa de valores e não realiza oferta pública de ações.

Logo, o Parecer de Orientação CVM n. 19/90 não deve ser aplicado nas sociedades anônimas de capital fechado, em face da ausência de força de lei, em decorrência da não incidência do regramento às sociedades fora do mercado de capitais. Agrava-se, ainda, pela interferência indevida do Estado na livre iniciativa dos acionistas, na autonomia de vontade e na liberdade de contratar, mantendo o regramento jurídico de acordo com a lei, não devendo os interesses particulares de

⁹ Estabelecida no art. 105; na alínea c do parágrafo único do art. 123; no caput do art. 141; no § 1º do art. 157; no § 4º do art. 159; no § 2º do art. 161; no § 6º do art. 163; na alínea a do § 1º do art. 246; e no art. 277, da LSA.

acionistas se sobreponem ao da companhia.

Somam-se a isso, o fato de que essa restrição, como adotada pela CVM em sede de companhia aberta, mas não prevista para as de capital fechado, em última análise, cria novos critérios, requisitos, extensões e restrições tendentes a violar as atribuições do Poder Legislativo, vez que já foram expressas definidas em lei. Criar ou alterar o que já está previsto por meio de parecer compromete a segurança jurídica e estabilidade das relações societárias, agravada por se tratar de simples parecer orientativo.

Logo, a lei não determina a restrição do direito de voto do acionista preferencialista, sendo que a instrução da CVM se aplicaria, em tese, e tão somente às sociedades de capital aberto, pois a instrução da CVM não representa mandamento legal, a obrigar uma companhia de capital fechado, a aplicar referida restrição.

Neste contexto, a LSA¹⁰, v.g., concede poder a CVM para reduzir, mediante fixação de escala em função do valor do capital social, a porcentagem mínima aplicável às companhias abertas, nos casos de instalação do conselho fiscal, quando o funcionamento não for permanente, por acionistas que representem, no mínimo, 0,1 (um décimo) das ações com direito a voto, ou 5% (cinco por cento) das ações sem direito a voto.

Ademais, as companhias de capital aberto estão sujeitas as normas e procedimentos, dos quais, voluntariamente, aquiesceram para seu ingresso na bolsa de valores, por meio da adesão aos mecanismos de governança corporativa, com objetivo de elevar os mecanismos de transparência e fiscalização na administração das sociedades.¹¹

Por imposição do próprio mercado aberto de ações, as sociedades que ofertarem seus valores mobiliários deverão se sujeitar as regras estabelecidas pelas entidades privadas que operam nesse mercado, como a Bolsa de Valores -B3, que dividiu as companhias em diferentes níveis de governança corporativas, de acordo com as responsabilidades e clareza junto aos acionistas e investidores, sendo classificadas em cinco níveis de governança corporativa: novo mercado, nível I, nível II, bovespamais e bovespamais nível II.

Essas classificações visam proteger o investidor na medida em que cria níveis ou exigências maiores na condução da empresa e na sua fiscalização, inclusive com sanções pecuniárias em caso de descumprimento, aumentando o direito dos acionistas minoritários, proteção aos investidores em casos de *tagalong*, dentre outras.

Para Santos e Santan'Anna (2021, p. 14), o conceito de governança corporativa consiste em um mecanismo utilizado para a difusão das técnicas de controle e transparência essenciais à atividade da administração, em que a companhia adere voluntariamente, sujeitando-se aos seus ditames.

Como se vislumbra, o próprio mercado, em consonância e harmonia com a CVM, cria re-

¹⁰ Art. 291, da LSA

¹¹ Pode-se citar como exemplo o Regulamento do Novo Mercado, ao estabelecer a vedação de operações com ações preferenciais. Confira-se: "Art. 8º A companhia deve ter seu capital social dividido exclusivamente em ações ordinárias. Parágrafo único. A regra constante deste artigo não se aplica aos casos de desestatização, quando se tratar de ações preferenciais de classe especial que tenham por fim garantir direitos políticos diferenciados, sejam intransferíveis de propriedade do ente desestatizante ou suas controladas, devendo os referidos direitos terem sido objeto de análise prévia pela [B]³ (2017).

gras e condutas aplicáveis a companhia aberta, com o escopo de ampliar os direitos dos acionistas minoritários, promover a inserção das médias empresas no mercado de ações, estabelecer maior transparência na fiscalização dos atos administrativos e financeiros da companhia.

Todavia, tais regramentos privados e estatais, como os da CVM, não se aplicam as companhias de capital fechado, uma vez que suas ações não estão ofertadas publicamente, razão pela qual prevalece a vontade dos acionais materializada no estatuto social e acordo de acionista, em que há prevalência da autonomia da vontade dos acionistas, que exercem seus direitos por meio do voto nas assembleias, não autorizando por ou permitindo o abuso do direito a voto, vedado pelo art. 115 da LSA.¹²

Por essas razões, falece a CVM instituir qualquer fiscalização ou procedimento contra as companhias fechadas, não se sujeitando ao seu poder de polícia, uma vez que não fazem oferta pública de valores mobiliários.

Como sugestão *de lege ferenda*, visando aprimorar, preservar, ampliar e efetivar o direito de fiscalização na sociedade anônima de capital fechado, estabelecer-se-ia o direito dos acionistas não controladores, como minoritário ou sem direito a voto, de exigir, mediante o preenchimento de um percentual mínimo, *vg.* 5% ou 10% de ações, a instituição de auditores independentes, à semelhança do que ocorre com as sociedades de capital aberto, com o escopo submeter as demonstrações financeiras das companhias, além de outros documentos contábeis da sociedade, ao crivo dos auditores. Dessa forma, o acionista controlador não ficaria à mercê de sempre ter a minoria no conselho fiscal.

CONCLUSÃO

O objetivo científico do trabalho e a ênfase dogmática da tese impõem a indicação das principais conclusões do estudo, que propôs e discutiu a eleição em separado de membro do conselho fiscal de sociedade anônima de capital fechado.

Ao longo deste trabalho, demonstrou-se o direito do acionista controlador ou majoritário, com direito a voto, na sociedade anônima fechada, em sendo titular de ações preferenciais sem direito a voto ou com restrição, de participar da eleição em separado no conselho fiscal, em vaga destinada a eleição por acionais preferencialista.

Demonstrou-se que este direito decorre do princípio constitucional da legalidade, em que qualquer restrição a direito deve ser prevista em lei, não se admitindo a interpretação extensiva para mitigar direitos dos acionistas.

Comprovou-se que a retirada do direito do acionista controlador ou majoritário em não poder votar na eleição em separado dos representantes dos preferencialistas, viola flagrantemente o direito de propriedade do acionista, uma vez que impede de exercer seu pleno direito de proprie-

12 Art. 115. O acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

dade, em decorrência de seu poder político e de controle, natural do sistema de deliberação majoritária das sociedades anônimas, e que seu cerceamento atribuirá direito a acionista preferencialista naquilo que não foi previsto no estatuto social e na lei, sendo que o acionista sem direito a voto ou com voto restrito poderá exercer o direito de fiscalizar de outras formas previstas na legislação.

Por fim, demonstrou-se que o Parecer de Orientação da CVM n. 19/90 não se aplica a sociedade anônimas de capital fechado, uma vez que a autarquia federal tem competência somente para regular e fiscalizar o mercado de valores mobiliários com negociação na bolsa ou no mercado de balcão e que a resolução, desprovida de força de lei, restringe direitos à livre iniciativa, a autonomia de vontade e a liberdade de contratar dos acionistas.

REFERÊNCIAS

[B]³ - BRASIL BOLSA BALCÃO. **Regulamento do novo mercado**. Brasília, DF: B3, 2017. Disponível em: <https://www.b3.com.br/data/files/B7/85/E6/99/A5E3861012FFCD76AC094EA8/Regulamento%20do%20Novo%20Mercado%20-%202003.10.2017%20%28Sancoes%20pecuniarias%202019%29.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. **Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

BRASIL. **Mensagem nº 1.213, de 31 de outubro de 2001**. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/2001/Mv1213-01.htm. Acesso em: 19 out. 2022.

BRITO, Cristiano Gomes de. **Sociedade limitada & cessão de quotas**. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 6. ed. São Paulo: 2014. v. 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **O acionista minoritário no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 1994.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. **Sociedade anônima**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

COSTA, Wille Duarte. **A dissolução de sociedade comercial composta de dois sócios: atualidades jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. v. 3.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada (arts. 138 a 205)**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015. v. 3.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades anônimas: comentários à lei (arts. 121 a 188)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. v. 2.

MARTINS, Fran. **Sociedade por quotas no direito estrangeiro e brasileiro**. Rio de Janeiro:

Forense, 1960. v. 1.

SANTOS, Laura Soares Miranda; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas e o *business judgmentrule* no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 10-24, nov. 2021.

VON ADAMEK, Marcelo Vieira. **Abuso de minoria em direito societário**: abuso das posições subjetivas minoritárias. 2010. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Como citar: DE BRITO, Cristiano Gomes. O direito de voto em separado para o Conselho Fiscal da sociedade anônima fechada. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 112-129, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p112-129. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 17/11/2021.

Aprovado em: 14/02/2023.

**NATUREZA JURÍDICA DAS CRIPTOMOEDAS:
UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E
ARGENTINA COM OS PAÍSES DA PENÍNSULA
IBÉRICA**

LEGAL NATURE OF CRYPTOCURRENCIES: A
COMPARATIVE STUDY BETWEEN BRAZIL AND
ARGENTINA WITH THE COUNTRIES OF THE
IBERIAN PENINSULA

Joelma Cordeiro Candido*
Enrique Duarte Romero**

*Doutoranda em Direito
(Universidade Nacional de
Educação a Distância – UNED/
ESPANHA);
Mestre em Fiscalidade Internacional
(Universidade Internacional de la
Rioja – UNIROJA/ESPANHA).
E-mail: joelma.py@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2173-4241>

**Doutor em História Econômica
(Universidade de São Paulo – USP/
SP).
Mestre em Economia (Pontifícia
Universidade Católica de São
Paulo – PUC/SP).
E-mail: enriqueromero@ufgd.edu.
br
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6594-8570>

Como citar: CANDIDO, Joelma Cordeiro; ROMERO, Enrique Duarte. Natureza jurídica das criptomoedas: um estudo comparado entre Brasil e Argentina com os países da Península Ibérica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p.130-150, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p130-150. ISSN: 2178-8189.

Resumo: No propósito de obter uma aproximação do conceito e natureza jurídica das criptomoedas, abordamos esta temática a través do estudo dogmático-jurídico e comparado entre as diversas fontes teóricas e bibliográficas de cada um destes países, concentrando-se mais nas instituições oficiais de cada um deles, no entanto as criptomoedas, entre elas o Bitcoin, tem se posicionado no mercado como um meio de pagamento e de troca, carente de regulamentação jurídica, torna-se um bem que até a presente data tem um elevado valor econômico, porém, distante de uma regulamentação que possa dotar aos seus usuários de garantia e segurança em sua operacionalidade. Em relação a sua natureza jurídica, para o qual, comparar-se-ão no decorrer deste estudo com as legislações dos Estados membros destes blocos econômicos. Constatou-se a dificuldade de chegar a um conceito unívoco, pois de acordo com as análises sobre o possível conceito que o Código Civil destes Estados pode oferecer, o que estes Estados têm em comum é a não adoção das criptomoedas como moeda de curso legal e meio de pagamento compulsório. No entanto, apesar da sua volatilidade a qual é alertada pelos organismos competentes, estes Estados não proíbem a sua comercialização e reconhecem como um ativo.

Palavras-chave: criptomoedas; moeda; natureza jurídica; meio

de pagamento.

Abstract: In order to obtain an approximation of the concept and legal nature of cryptocurrencies, we approach this theme through a dogmatic-legal study and comparison between the different theoretical and bibliographical sources of each of these countries, focusing more on the official institutions of each of them, however, cryptocurrencies, including Bitcoin, have positioned themselves in the market as a means of payment and exchange, lacking legal regulation, becoming a good that to date has a high economic value, however, far from a regulation that can provide its users with guarantee and security in its operation. In relation to its legal nature, for which, it will be compared in the course of this study with the legislation of the Member States of these economic blocs. It was difficult to arrive at a univocal concept, because according to the analysis of the possible concept that the Civil Code of these States can offer, what these States have in common is the non-adoption of cryptocurrencies as legal tender and compulsory means of payment. However, despite its volatility which is warned by the competent bodies, these States do not prohibit its commercialization and recognize it as an asset.

Keywords: cryptocurrencies; coin; legal nature; means of payment.

INTRODUÇÃO

Este artigo foi realizado a partir do estudo comparado entre as diversas fontes de cada um destes países, concentrando-se mais nas instituições oficiais de cada um deles. Desta maneira, deu-se prioridade às leis vigentes de cada Estado, assim como os pronunciamentos emitidos pelo Banco Central e da Comissão Nacional de Valores da Argentina. Já no Brasil, optou-se mais pelas normativas do Banco Central, por dispor de uma normativa mais avançada, também foi analisado os ofícios emitidos pela Comissão Nacional de Valores e Mercados.

Enquanto aos países da Península Ibérica, a preferência recaiu, no caso da Espanha analisou-se a norma civil e os pronunciamentos do Banco da Espanha e também da Comissão Nacional de Valores. Enquanto ao outro país ibérico, Portugal, a fonte de maior consulta foi a norma civil e os pronunciamentos do Banco de Portugal e da Comissão de Mercados de Valores Mobiliários. Também foram consultados o parecer da doutrina que se pronunciaram em diversos meios e contrastando com o entendimento dos órgãos governamentais.

Este trabalho realizou-se no intuito de obter uma aproximação do conceito sobre a natureza jurídica das criptomoedas, nos Estados que foram objeto de estudo. No entanto, considerou-se a necessidade de esclarecer para os leitores de forma sucinta o que é uma criptomoeda e suas semelhanças com a moeda digital, pois as criptomoedas, especificamente o Bitcoin, na data que se escreve e estas linhas foi a notícia do momento por sua alta valorização no mercado.

A abordagem sobre o conceito e natureza jurídica das criptomoedas realizou-se de acordo com a doutrina e a legislação dos países da América Latina (Argentina e Brasil), por serem os dois membros do MERCOSUL e dos Estados Ibéricos (Espanha e Portugal), pelos avanços do Banco Central Europeu em torno dessa questão, que já foi parar no Tribunal de Justiça da União Europeia e em Espanha, que no ano 2019, conta com uma sentença do Tribunal Supremo de um recurso de Cassação.

As criptomoedas vêm ganhando espaço no meio econômico, assim, se faz necessário dotar aos seus usuários de certeza e confiança jurídica sobre a natureza desse “bem digital valioso¹”, saber ao certo até onde vai o amparo legal sobre essas transações cujos meios de troca por uma das partes são criptomoedas, é que para um grupo de doutrinários, esse bem é imaterial o que faz associar o conceito de criptoativos pela sua especificidade.

O Banco Central tanto da Argentina como do Brasil, assim como o Banco Central Europeu, vem alertar sobre os riscos de se operar com esse bem digital e alerta que não são moedas, por não serem emitidas e respaldadas por nenhum órgão público e vale mencionar que ele não pode cumprir com as funções de uma moeda de curso legal e pagamento forçoso. Tudo isto,

1 Esta interpretação vertida pelo tabelião Ignacio Gomá Lanzon citado por María de la Concepción Domínguez (2019), de acordo com estudos em conjunto realizado por Alberto Gómez Turíbio (informático), Ignacio Gomá Lanzón (tabelião) e Paulo Fenández Burgueño (advogado), sobre a escritura de constituição de uma sociedade de acordo com o artigo 58,1 da Lei de sociedades de capital da Espanha, na qual foi aportado Bitcoin como capital inicial, o tabelião incorporou na escritura pública no seguinte termo; “um Bitcoin é um bem patrimonial imaterial. Em quanto ao termo valioso está dado por sua cotação no mercado atual, no qual um Bitcoin a criptomoeda analisada está valendo 50.525 Dólares Americanos de acordo com o anúncio no site www.inveting.com

pode marcar uma revolução no sistema financeiro se o efeito da confiança associada aos benefícios potencializar sua adoção de forma massiva.

1 DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS DAS CRIPTOMOEDAS COM A MOEDA DIGITAL OU ELETRÔNICA

Para iniciar este estudo nos propusemos expor esses dois vértices do prisma, neste caso é necessário oferecer uma definição de cada uma na seguinte ordem.

1.1 CRIPTOMOEDAS

De acordo com o estudo realizado por Maria De La Concepción Domínguez (2019, p. 13), “as criptomoedas desde um ponto de vista técnico é um código binário que vincula as transações entre os usuários, e os dados são conservados em uma base de dados que funciona como registro de todas as transações realizadas”, desde uma perspectiva econômica são unidades de conta virtual administrados por meios informáticos através da tecnologia *blockchain* o que faz possível o intercâmbio entre contas.

Nas palavras de Ibai Adenso González Puente (2018, p. 2), as criptomoedas são uma representação digital de valor não emitidas pelos órgãos públicos, portanto, não está avalizada por uma moeda fiduciária, porém, aceita como meio de pagamento, tanto por pessoas físicas como jurídicas, podem ser transferidas e guardadas por meios eletrônicos sem intermediários, mas não tem a consideração de dinheiro.

Verificou-se que, até a presente data em que se escreve este artigo, são vários os tipos de criptomoedas em circulação, mas, devido às limitações do alcance deste estudo, será abordado o que se refere ao Bitcoin, por ser a criptomoeda mais conhecida.

Portanto, uma criptomoeda é criptoativo que atualmente está sendo utilizada como meio de pagamento para os intercâmbios de bens ou serviços, tem um funcionamento descentralizado o que permite um intercâmbio direto entre os pares sem a presença de intermediários. Consiste em um certificado com código do dono, tem um valor flutuante com um comportamento semelhante aos de títulos de valores como ações, neste caso, o valor das criptomoedas, segundo Mariana de Alva *et al.* (2015, p. 111), está relacionado aos seguintes fatores; demanda, confiança e aceitação

Para Mariana de Alva *et al.* (2015, p. 112), as criptomoedas têm algumas características que lhe são próprias e se destacam pela eficiência, segurança e facilidade de intercâmbio, sendo as mais relevantes a critério desse estudo as seguintes:

- 1- Não estão sobre a dependência de nenhum Estado;
- 2- São descentralizadas, por tanto, não está controlada por nenhum Estado ou órgão financeiro ou mesmo por empresas;
- 3- Seu sistema de criptografias o faz que seja inviolável² e não é possível a falsificação

- ou ser utilizada de forma duplicada;
- 4- Transações irreversíveis;
 - 5- Pode ser trocado com outras moedas tipo, Peso argentino, Real brasileiro, Euro e outras moedas de curso legal.
 - 6- Custo mínimo, neste caso, as tarifas são muito mais baixas que as do sistema financeiro tradicional porque o percentual que é direcionado aos mineradores é ínfimo.
 - 7- Ausência de intermediários na rede de operações, pois são pares a pares.
 - 8- Privacidade, uma de suas características mais relevantes, embora existam criptomoedas que asseguram o anonimato como a *Monero*, não é o caso do Bitcoin.
 - 9- O protocolo Bitcoin permite que através dele sejam criadas outras criptomoedas, como o *Letcoin* e outras mais que já estão circulando.

Para Agustín Díez (2019, p. 40), em seu artigo intitulado; Criptomoedas, Economia e Direito ele estima que a definição mais difundida seja a da página web do Bitcoin titulado como “Uma inovadora rede de pago e um novo tipo de dinheiro” (BITCOIN, [2021]), são arquivos, bits com dados, assimiláveis aos PDF ou MP3, cuja função é usada como meio de pagamento através da internet e por uma rede de mineradores que validam cada operação.

Neste contexto o Banco Central Europeu, sucessivamente, BCE, define o Bitcoin como uma unidade de valor digital com intercâmbio eletrônico, sem existência física, com desenvolvimento e acompanhamento através de uma rede de computadores dispersas, utilizando fórmulas matemáticas, não está sobre nenhuma autoridade Estatal, portanto não é considerado uma moeda por não ser emitida por uma autoridade pública e controlada por um organismo estatal, também destaca a ausência de um valor nominal o qual é um requisito de uma moeda, o que faz com que seja arriscado para os usuários por não estarem protegidos pelas instituições dos Estados (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2016).

De acordo com Montiano Monteguido e Francisco Javier García (2019, p. 129), a denominação de criptomoedas faz jus as suas principais características, sendo a primeira referente aos dados encriptados e a segunda por sua funcionalidade de se estabelecer em um meio de pagamentos eletrônicos sujeitos a cotação de valor econômico.

1.2 MOEDA DIGITAL

É um mecanismo para transferência eletrônica de dinheiro fiduciário que seja reconhecido pelos órgãos públicos de cada Estado como de curso legal no país de sua emissão e circulação (DENOYA ROLLA, 2019, p. 4).

E para Agustín Díez (2019, p. 31), pode ser também conhecido como *Emoney*, refere-se a um meio de pagamento eletrônico que obriga em direito de dinheiro o uso de uma moeda de curso legal, o que faz a diferença da criptomoeda, consiste na infraestrutura que este requer; um exemplo

2 Em relação à inviolabilidade e falsificação, este criptoativo não está imune às fraudes.

claro está relacionado com as transações vinculadas ao *Paypal* que o usuário paga uma compra realizada via internet, mas, esta moeda virtual está associada a um cartão de crédito que é um contrato que as partes têm direitos e obrigações semelhantes aos de uma operação com dinheiro físico ou metálico, outra questão é que este cartão de crédito está avalizado em uma moeda de curso legal ou fiduciária.

De acordo com Alejandro Neut (2020), quem define a Central Bank Digital *Currency* (sucessivamente, CBDC), como acrônimo do dinheiro digital emitido pelos bancos centrais de cada Estado, que existe antes do Bitcoin, cita exemplos como os depósitos nos bancos é dinheiro digital assim como as reservas nos cofres do BCE. No entanto, é também um ativo com aval da autoridade monetária do Estado emissor e tem uso universal.

Para Natalia Espanhol (2021), a principal diferença entre uma moeda digital e uma criptomoeda está na forma de emissão, sendo a moeda digital centralizada e o único órgão que pode emití-la é o Banco Central do Estado em questão e sem limites³, as criptomoedas são descentralizadas através de um procedimento de mineração em uma rede de computadores privados e sem nenhum controle estatal e com o limite de 21.000.000, no caso do Bitcoin.

De acordo com a publicação da Funds Society, o Banco Internacional de Pagamento (sucessivamente, BIS), emite um relatório que destacam algumas características que devem reunir às moedas digitais ou CBDC as quais são:

- 1- Conversão e valor igual ao do dinheiro físico o que evitará a flutuação;
- 2- Serão aceitas e estarão disponíveis para todo tipo de transação já seja *online* ou mesmo *offline*;
- 3- Baixo custo na criação e distribuição;
- 4- Serão permitidas operações entre os diferentes sistemas bancários;
- 5- Serão tipificadas como moeda legal por ter aval do Banco Central do Estado emissor (BANCO INTERNACIONAL DE PAGOS, 2020).

De acordo com a opinião do BCE do dia 12 de outubro de 2016 sobre a proposta da diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que modifica a Diretiva 2015/819 da União Europeia apresenta-se um quadro ilustrativo as seguintes diferenças e semelhanças (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2016).

Quadro 1 - Diferenças e semelhanças entre as criptomoedas e as moedas digitais

Diferenças	Semelhanças
✓ Não são consideradas moedas de curso legal.	✓ Consideradas um mecanismo de câmbio por bens ou serviço até mesmo como instrumento de pagamento.

³ Refere-se as quantidades de emissão pelo Banco Central dos Estados, do ponto de vista normativo os Estados têm esta prerrogativa, porém a emissão sem limites de moedas poderá levar ao aumento da inflação.

✓ Flutuações do valor.	✓ Pode ser trocadas por qualquer moeda.
✓ Não tem garantia de câmbio.	
✓ Confiança dos atores econômicos.	

Fonte: Elaboração própria, a partir das diversas normativas e doutrina que foram abordadas.

2 APROXIMAÇÃO A SUA NATUREZA JURÍDICA

A determinação da natureza jurídica das criptomoedas gera diversas consequências no trajeto jurídico. Isto inclui a quem deve regulamentar como estas operações devem tributar, até mesmo quais são as obrigações para as partes nesta operação com as criptomoedas. Não existe legislação mesmo nos países avançados que tenham regulamentado de forma clara e direta este fenômeno chamado de criptomoedas, no entanto, analisou-se como os Estados latino-americanos e europeus que são objeto desse estudo vêm se aproximando da temática envolvida que, desde o ponto de vista de Byron Acohido (2019), o bitcoin iniciou uma nova revolução tecno-industrial. Em continuação apresentamos algumas especificações dos países membros de ambos os blocos econômicos sobre a temática em estudo.

2.1 ARGENTINA

Sobre a luz do Código Civil e Comercial argentino, nos artigos 15 e 16 integram o patrimônio das pessoas os direitos e as coisas, este direito recae sobre os bens suscetíveis de valor econômico e os bens materiais se chamam coisas, a lei confere a definição de bens, todos aqueles objetos imateriais suscetíveis de valor (os direitos) e as coisas como bens materiais também suscetíveis de valor econômico, as criptomoedas são bens imateriais que podem ser obtido e entregue como meios de pagamento. Quando se adquire as criptomoedas⁴ o comprador passa a possuir um bem que vai somar-se ao valor do seu patrimônio (MUÑIZ, 2020).

As perspectivas das autoridades desse país, como os da Unidade de Informação Financeira (no sucessivo, UIF), a qual define no Art. 2 da Resolução 300/2014 que moedas virtuais são a representação digital de valor que pode ser comercializada digitalmente e suas funções serão; estabelecer como um meio de pagamentos, unidade de conta e uma reserva de valor, porém, não confere a esta o curso legal do dinheiro, porque não são emitidas nem avalizadas por nenhum país, outra questão relevante é o registro de operadores e a obrigação de comunicar a instituição todas as operações com moedas virtuais, que entendemos serem as criptomoedas, como encontramos em (CÁMARA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ARGENTINO - ALEMANA, 2020).

No entanto a Comissão Nacional de Valores (no sucessivo, CNV), emitiu um comunicado alertando aos investidores sobre os riscos de operar com as moedas virtuais ou *tokens* (no sucessivo, ICOs), textualmente explicita: “O conceito de ICOs se refere à forma digital de recardar fundos

⁴ Para comprar criptomoedas se faz um cadastro em uma plataforma de intercâmbio de criptomoedas, isto gera uma relação contratual que configura direitos e obrigações.

públicos a través de uma oferta inicial em moedas virtuais ou *tokens*, implementadas sobre uma cadeia de blocos conhecida como *blockchain*, são investimentos especulativos de alto risco.” (COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, 2017).

Entre os riscos assinala-se: falta de normativa específica, flutuação dos preços e falta de liquidez, potencializa fraudes, pouca informação, projetos em etapas iniciais, falhas tecnológicas de infraestrutura e o caráter transacional das criptomoedas (COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, 2017).

O Banco Central Argentino (no sucessivo, BCRA), emitiu vários comunicados os quais são:

- a) “A” 6770 do dia 01 de setembro de 2019, que se refere a medida de liquidação de divisas;
- b) “A” 6823 do dia 31 de outubro de 2019, este proíbe a compra de criptomoedas em casas de câmbios do exterior com o uso de cartões de crédito⁵ a intenção foi evitar a fuga de Dólares de suas reservas, por certo, uma medida cambial, logo após emitiu outro comunicado;
- c) “A” 7030 do dia 28 de maio de 2020, que foi modificado pelo “A” 7042 do dia 11 de junho de 2020, neste comunicado estabelece que os sujeitos que concorram ao mercado único e livre de câmbios para adquirir divisas e que ao mesmo tempo são títulos de ativos externos por um valor superior a USD 100.000,00 deverão dispor deles para pagar suas obrigações internacionais, inclui como ativo, as criptomoedas, assim como outra normativa cambial e com a mesma finalidade de reduzir a fuga de dólares do país. Porém, ao que indica nenhuma medida para regulamentar as transações, nem lhes são aplicáveis às restrições do BCRA e da CNV, motivo que fez com que as operações aumentem substancialmente no último período (BCRA, 2019a, 2019b, 2020).

2.2 BRASIL

De acordo com os artigos 887 a 926 do Código Civil/2002, as criptomoedas são definidas como um bem imaterial, utilizado na troca de bens ou serviços. Não deve ser considerado como um título de crédito eletrônico, por não cumprir os requerimentos de criação e circulação. Também não deve ser considerada uma moeda em vista que somente os órgãos governamentais têm esta prerrogativa, a qual é definida por força de lei, e no Brasil, a prerrogativa é da União (BRASIL, 2002).

Desde uma apreciação contratual, as criptomoedas se enquadram na troca ou permuta pela sua ampla definição com sinônimos de câmbio, escambo, comutação e permutação de acordo com a doutrina. Este contrato é disciplinado pelo Art. 533 do Código Civil/2002, que de acordo a sua definição, as operações com criptomoedas se enquadram neste termo, pois não requer de solenidades, é consensual por quanto se concretiza com a declaração de vontade das partes,

⁵ Emitidos por entidades locais.

produzindo seus efeitos obrigatórios de forma imediata (SOUZA, 2015).

Nas palavras de Barossi Filho e Sztajn (2015, p. 263), “as moedas como a *bitcoin* são bens virtuais e privados, que aceitas como bem intermediário de troca, uma das funções da moeda, não têm curso forçado, mas, ajustada sua circulação por alguns agentes econômicos, terá, entre eles, poder liberatório.”

Reforça esta linha de entendimento quando o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre Conflito de competência, cuja sentença decretou-se nesses termos: que as operações com criptomoedas não encontram regulação no ordenamento jurídico brasileiro, porque as moedas virtuais não são consideradas moedas pelo Banco Central do Brasil (no sucessivo, BCB), nem como valor mobiliário pela Comissão Nacional de Valores Mobiliários (CNVM) (COMISSÃO DE VALORES MOBILIARIOS, 2018, p. 1).

Por outro lado, o BCB emite um comunicado em seu site no dia 26/08/2019, no qual reconhece as criptomoedas como bens “ativos digitais”, que desde então passarão a formar parte do cômputo na balança comercial do país. A inclusão advém da recomendação dada pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), o qual “recomendou classificar as operações de criptoativos como ativos não financeiros produzidos, o que implica sua compilação na conta de bens do balanço de pagamentos.” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2019).

Mas este comunicado do BCB não converte as criptomoedas em moeda legal como meio de pagamento compulsório como é a moeda Real, Dólar, Peso ou Euro, como tem feito o estado japonês onde as criptomoedas já têm este status (RIGUES, 2019).

Por sua vez a Comissão de Valores Mobiliários (no sucessivo, CVM) emite no dia 12 de janeiro de 2018 o Ofício Circular nº 1/201//CVM/SIN, no qual proíbe investimentos nos fundos regulados pela instrução CVM Nº 554/14 com criptomoedas, baseando-se na definição dada neste ofício que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos disposto no artigo dois da instrução 554/14, posteriormente num comunicado do dia 07 de março de 2018 essa autarquia esclareceu que não recomenda nem ratifica oferta de criptomoedas (COMISSÃO DE VALORES MOBILIARIOS, 2018, p. 1).

Porque a CMV de acordo com as prerrogativas, seu trabalho se limita a verificar se as ICOs estão enquadradas nas definições de valores mobiliários estabelecidos na norma, caso não sejam, o órgão não tem competência regulamentar, dito isto, o órgão instrui os investidores sobre possíveis riscos de fraudes do tipo pirâmides, lavagem, evasão fiscal e também reforçou sobre a volatilidade dos ativos virtuais (COMISSÃO DE VALORES MOBILIARIOS, 2018, p. 1).

No entanto, cabe analisar a recentemente sancionada lei 14.478, de 21 de dezembro de 2022, a qual dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e altera outras normativas vigentes sobre fraude e lavagem de ativos. A citada lei considera que os ativos virtuais são representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realizar pagamentos, fato é que não estabelece como moeda de curso legal, ou seja meio de pagamento compulsório (BRASIL, 2022b, p. 3).

Por outro lado, o Projeto de Lei nº 9-2022, o qual dispõe sobre a emissão da moeda

nacional no formato digital, cujo Art. 2º que modifica o Ar.10 da Lei nº 4595, de 31 de dezembro de 1964 nos seguintes termos;

Art.10. Compete privativamente ao Banco Central da república do Brasil. I- Emitir moeda-papel e moeda metálica, ou em formato digital como infraestrutura do mercado financeiro vinculada ao Sistema de Pagamentos Brasileiro e ao Sistema de Pagamentos Instantâneos, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (BRASIL,2022a, p. 2).

O BCB será o responsável por autorizar a emissão e garantir a paridade de valor econômico como a moeda impressa que circula no meio físico, assim como a responsabilidade desta autarquia de reparar danos decorrentes de falhas operacionais, cibernéticas e de proteção de dados pessoais. O que a faz notoriamente diferente dos criptoativos que é o objeto de análise, pois estas terão a validação do órgão central e por tanto, será moeda de curso legal e de pagamento forçoso transacionada em meios digitais (BRASIL,2022a, p. 1-4).

2.3 ESPANHA

Pode-se aproximar a uma definição das criptomoedas de acordo com os artigos 335 e 337 do Código Civil Espanhol como bem móvel digital suscetível de apropriação, não fungível por suas características próprias (ESPAÑA, 1989). Cabe realçar que são bens imateriais em forma de unidade de conta, divisíveis, deflacionários cuja existência está sustentado em uma tecnologia subjacente configurada em forma de rede de blocos mais conhecida por *blockchain*, que através de algoritmos matemáticos e códigos criptográficos que criam e se transmite esse bem (DOMÍNGUEZ, 2019, p. 16).

No discurso de María De La Concepción Domínguez (2019, p. 15), esta interpretação se fortalece a partir da aprovação de uma escritura pública de constituição de uma sociedade limitada na Espanha, na qual o cartorário que registrou a escritura frisou que as criptomoedas não são dinheiro eletrônico nem forma parte do sistema monetário da União Europeia, mas precisou que é um bem digital que se pode comprar com dinheiro local ou outra moeda estrangeira, também pode ser utilizado como meio de pagamento para intercambiar bens ou serviços, em resumo, o que foi dito é um bem patrimonial imaterial na forma de um documento eletrônico e sobre o qual se exerce um direito real.

Neste contexto Victor Asensio Borrellas (2018, p. 2), critica a definição dada pelo cartorário expondo o seu parecer a respeito e afirma que para qualificar as criptomoedas como objeto de direito real avança além disso, pressupõe a existência de um bem material no qual possa ser exercido um poder imediato e direto, por tanto, o mencionado autor concluiu que corresponde uma definição mais ampla como um direito sobre algo com valor econômico.

O posicionamento da Comissão Nacional de Mercado de Valores (COMISSÃO DE

VALORES MOBILIARIOS, 2018, p. 1) (no sucessivo, CNMV) e do Banco da Espanha (no sucessivo, BE), deu-se a conhecer através do comunicado do dia 08 de fevereiro de 2018 em que se esclarece que as criptomoedas não estão sobre proteção de nenhum banco central ou sequer outras autoridades públicas, mas devido a sua evolução e aceitação voluntária é uma alternativa de pagamento com características bem diferentes da moeda tradicional. Entre as características se mencionam as seguintes;

- i) Não é obrigatório aceitar como meio de pagamento.
- ii) Tem uma circulação muito limitada.
- iii) Seu valor é flutuante⁶, o que dificulta considerá-la como um depósito de valor ou unidade de conta estável.

Conclui o informe que, até o momento nenhuma emissão de criptomoedas ou ICOs foi registrada, autorizadas ou verificadas por nenhum órgão do governo espanhol, por tanto os detentores destes bens não poderão se beneficiar das garantias e proteção do sistema financeiro ou de investimentos, faz uma alerta sobre os riscos associados como ausência de regulamento, caráter internacional, ausência de valor intrínseco, problemas de liquidez e volatilidade e informação inadequada (BANCO DE ESPAÑA, 2018, p. 3).

2.4 PORTUGAL

Assim como as normativas dos demais países que são objeto deste estudo, a normativa portuguesa também não tem uma definição clara da sua natureza jurídica, não podendo classificá-la como moeda pelas limitações de emissão, não são controladas por um órgão do governo o faz desse ativo digital uma espécie de bem *sui-generi*.

Dito isto, nos remete analisar uma possível configuração de sua natureza desde a concepção do Código Civil, sobre o conceito de bens móveis alcinhado no artigo 205, como *coisas* sujeitas ao registro público. Compreende-se que as criptomoedas não estão sujeitas aos registros públicos, portanto, não lhe cabe este conceito de “coisas móveis” dado pelo Código Civil, agora analisa-se o conceito conferido de coisas divisíveis pelo artigo 209, como coisas que podem ser fracionadas sem alteração da sua substância, redução do valor ou um prejuízo para o fim que se destina (PORTUGAL, 1966).

Neste caso, existe uma aproximação mais razoável para definir as criptomoedas como bens divisíveis, porém, denota um distanciamento da legislação analisada dos outros estados, talvez seja esta uma das maiores dificuldades que se tem tanto em nível interno dos países no contexto global, para estabelecer sua natureza de forma unificada, o que, facilitaria para consumidores e operadores dessa grande rede.

⁶ As moedas fiduciárias também têm um valor flutuante no mercado cambiário, o que faz a diferença é que está tem um valor intrínseco em si mesma e está garantida pelo órgão público.

Por sua vez, o Banco de Portugal, anuncia no site oficial no dia 10/03/2015, sobre o título (Moedas virtuais) que, as atividades de emissão e comercialização de moedas virtuais não está regulada, nem controlada pelo Banco de Portugal e outra autoridade do sistema financeiro nacional, ou europeia, neste caso, o BCE. Desta maneira, não faz destas atividades, ilegais ou proibidas, porém, os operadores destas atividades ou mesmos entidades não estão sujeitas a obrigações nem é necessário contar com autorização ou registro do Banco de Portugal, além disso, não está sujeita aos controles e supervisão do sistema financeiro. Este organismo alinhado às recomendações do BCE emite a Carta Circular nº 11/2015/DPG (BANCO DE PORTUGAL, 2015), na qual dispõe que;

- i) As moedas virtuais ou criptomoedas, não tem curso legal e aceitação forçosa;
- ii) Não estão amparadas sobre a proteção legal que possa garantir o consumidor que as utilize a sua restituição do valor pago em tal conceito;
- iii) Não há um fundo público destinado a garantir o valor dessas moedas, nem restituir as perdas no caso de desvalorização;
- iv) O usuário desses bens pode perder o investimento na plataforma de negociação por diversos riscos associados de acordo às recomendações do BCE, na qual se identifica uma série de riscos associados a estes ativos.

E por último, observa-se a recomendação feita às instituições de crédito e outras, a se abster de comprar, deter ou vender moedas virtuais (BANCO DE PORTUGAL, 2015, p. 1).

A Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (no sucessivo, CMVM), no dia 23 de julho de 2018, emitiu um comunicado sobre o lançamento de ICOs relativo à qualificação jurídica dos *tokens* ou criptomoedas, nessa ordem informa que os ICOs são transações com perspectivas de obter financiamento do público através da emissão de criptomoedas, neste caso, as criptomoedas podem apresentar uma situação jurídica fungível passível de transmissão em mercado, portanto, podem constituir valores mobiliários atípicos caso se cumpram os requerimentos enunciados no artigo Primero do Código dos Valores Mobiliários (no sucessivo, CdVM) (COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2018, p. 1).

De acordo com o citado artigo, para que as criptomoedas tenham a configuração de valores mobiliários, a condição que deve ser avaliada a efeitos da interpretação do artigo 1.º do CdVM são as seguintes;

1. Um *tokens* ou Criptomoeda será um valor mobiliário caso seja um documento representativo de uma ou mais situações jurídicas de natureza privada e patrimonial (i.e direitos e deveres);
2. Um *token* será um valor mobiliário caso, tendo em conta (s) situação (ões) jurídica (s) representada (s), seja comparável com valores mobiliários típicos;
3. Para efeitos do previsto no número anterior, deve nomeadamente considerar-se a previsão, nas informações disponibilizadas pelo emitente, de elementos dos quais possa decorrer uma vinculação do emitente à realização de condutas das

quais resulte uma expectativa de retorno para o investidor, como sejam: a) O direito a um rendimento (por exemplo, se o *token* conferir direito a lucros ou a um juro); ou b) A prática de atos por parte do emitente ou entidade relacionadas adequadas a incrementar o valor do *token* (COMISSÃO DE VALORES MOBILIARIOS, 2018, p. 1).

Para os países membros da União Europeia (no sucessivo, UE), é imprescindível analisar de forma minuciosa como diversos órgãos da UE tem se posicionado sobre o assunto das criptomoedas, dentre os meios interpretativos pode-se contar com os informes emitidos pelo BCE, nesta temática o BCE já vem se aproximando desde 2012, quando emitiu um parecer e definiu nos seguintes termos; “um tipo de dinheiro digital e não regulado, normalmente emitido e controlado por seus criadores, é usado e aceitado entre os membros de uma conta concreta comunidade”. (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2012, p. 9) these communities have created and circulated their own currency for exchanging the goods and services they offer, and thereby provide a medium of exchange and a unit of account for that particular virtual community. This paper aims to provide some clarity on virtual currencies and tries to address the issue in a structured approach. It is important to take into account that these currencies both resemble money and necessarily come with their own dedicated retail payment systems; these two aspects are covered by the term “virtual currency scheme”. Virtual currency schemes are relevant in several areas of the financial system and are therefore of interest to central banks. This, among other things, explains the ECB’s interest in carrying out an analysis, especially in view of its role as a catalyst for payment systems and its oversight role. This report begins by defining and classifying virtual currency schemes based on observed characteristics; these might change in future, which could affect the current definition. A virtual currency can be defined as a type of unregulated, digital money, which is issued and usually controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community. Depending on their interaction with traditional, “real” money and the real economy, virtual currency schemes can be classified into three types: Type 1, which is used to refer to closed virtual currency schemes, basically used in an online game; Type 2 virtual currency schemes have a unidirectional flow (usually an inflow. Logo adverte que pode mudar essa definição com o passar do tempo devido as suas características.

No informe do ano de 2015, mudam-se a definição dada no parecer de 2012, e fica definido como; “a moeda virtual por tanto, pode-se definir como uma representação digital de valor, não emitida por um banco central, crédito instituição de dinheiro eletrônico, que em algumas circunstâncias, pode-se usar como uma alternativa ao dinheiro.” (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2015, p. 25).

Declara-se que as definições podem variar de acordo com o contexto envolvido como; sistema tributário e registro de operadores perante os órgãos de controle e combate aos ilícitos financeiros, mas, no entanto este relatório de 2015 deixa claro que o alcance do trabalho era limitado, mas o alvo dessa redefinição seja deixar claro que somente o Euro é a moeda que tem curso legal e meio de pagamento compulsório em todos os Estados membros da Zona Euro, neste

contexto, até a data deste informe não havia nenhum Estado que houvesse adotado as criptomoedas como moeda legal (EUROPEAN CENTRAL BANK, 2015, p. 23 - 24).

Já no informe emitido no ano 2019, o BCE se refere no termo de “criptoativos” o qual é um registro de forma digital que não representa um direito nem ao menos, uma responsabilidade de qualquer pessoa, seja física ou jurídica e não reveste um direito de propriedade perante nenhum órgão, porém, um bem valioso⁷ para seus usuários como meio de investimento ou de negociação, o mecanismo de controle é *sui generi*, pois está associado a uma ferramenta criptográfica, note-se que houve uma variação substancial da primeira definição dada em 2012, de dinheiro virtual a um bem valioso (ativo), aceito por seus usuários como intermediário de troca de bens ou serviço. (MANAA *et al.*, 2019, p. 7).

Neste mesmo informe do BCE no fragmento que se refere às características desse criptoativos, expõem os aspectos negativos desse ativo, uma sorte de alerta para os investidores na seguinte ordem;

[...]

- i) O uso da tecnologia é na atualidade um meio necessário, mas não o suficiente para configurar os criptoativos como uma nova classe de ativos.
- ii) Não se definem como dinheiro eletrônico de acordo com a Segunda Diretiva sobre o dinheiro eletrônico, na medida em que não são, nem representam um reclamo sobre o emissor.
- iii) Não constituem dinheiro, na forma de dinheiro que os bancos registram em contas comerciais.
- iv) Não são dinheiro, na forma dos que emite o banco central.
- v) Estão excluídas do âmbito de regulação de serviços de pagamentos.
- vi) Não constitui um instrumento financeiro, de acordo com o anexo C da Diretiva sobre mercados de instrumentos financeiros, nem uma mera representação dos ativos antes mencionados.
- vii) Não deve ser considerada uma moeda virtual ou digital, como tem se usado incorretamente (MANAA *et al.*, 2019, p. 10-11).

Não resta dúvidas, que o BCE tem sido um organismo que vem acompanhando este surgimento das criptomoedas, ou criptoativos como este o institui, neste último informe analisado, observa-se que as definições dadas pelo BCE e a das Diretivas que abordaram o tema dos criptoativos, como a Diretiva 2018/843, do Parlamento Europeu e do conselho, pela qual modifica as Diretivas 215/849 e a Diretiva 2009/138. Portanto, percebe-se que os criptoativos são; “registros contábeis de forma digital que seus usuários compartilham atribuem um valor.” (MONTEAGUDO; GARCÍA, 2019, p. 131).

Existe um longo caminho a ser percorrido para traçar com segurança a natureza jurídica desse bem valioso, que ao mesmo tempo é tão volátil, e como o seu desenvolvimento na Europa tem se apresentado a um passo a frente dos países latino-americanos em relação aos diversos pronunciamentos dos órgãos competentes e também por contar com jurisprudências ao respeito.

⁷ Um ativo para quem o possui.

Em 2015, através da Sentença do dia 22 de outubro de 2015, emitida sobre o assunto C-264/2014, com objetivo de uma decisão pré-judicial, na qual em seus fundamentos, esta Instância Judicial faz menção ao informe do BCE de 2012, que já foi exposto nos parágrafos precedentes, e define as criptomoedas como divisa virtual de fluxo bidirecional e que seus usuários estão livres para comprar e vender com arranjo ao tipo de câmbio.

Tanto assim, que na declaração estabelece que as operações de troca de criptomoedas por moedas tradicionais, devem se enquadrar no disposto no artigo 135.1, letra e) da Diretiva 2006/112/CE, referente às exonerações de Imposto ao Valor Agregado (IVA), às operações e negociações, relativas às divisas, bilhetes de banco e as moedas legais⁸ de pagamento, com exceção dessa exoneração as moedas de ouro, prata os bilhetes que não são usados como meio de pagamentos e sim que tem um valor colecionável (UNIÓN EUROPEIA, 2015, p. 9).

A partir das definições dadas a este bem imaterial por diversos órgãos e doutrinários entende-se que irá evoluindo, pois são totalmente compreensíveis às mudanças, porque estamos diante de uma criação nova e que vai ainda ser muito discutida por diversos atores.

Evidencia-se às mudanças na definição de acordo com a sentença do Tribunal Supremo, de um recurso de cassação da resolução do caso SAP M 2779/2018, sendo a primeira sentença da Sala Penal que envolve as criptomoedas⁹, na qual os membros desse Tribunal confirmam que as criptomoedas “[...] não tem a consideração legal do dinheiro [...] é um ativo patrimonial imaterial, na forma de unidade de conta definida pela tecnologia informática e criptográfica” como observa (ESPAÑA, 2019b, p. 6). Assevera-se que, este conceito está alinhado à definição do BCE no informe de 2019, considerando as criptomoedas como um ativo imaterial e utilizado como meio de pago por seus usuários.

Nesta ordem, a Direção Geral de Tributos da Espanha se pronunciou sobre a Consulta V3513-19, na qual em seus argumentos considera as criptomoedas como um meio de pagamento para efeitos fiscais, não resta dúvida que este posicionamento está alinhado a sentença do TJUE do dia 22 de outubro de 2015, na qual as criptomoedas são consideradas um bem imaterial e sua finalidade é ser um meio de pagamento (ESPAÑA, 2019a).

Desde a perspectiva de Raul Rodríguez Ruiz (2020), considera que a definição desse bem tão valioso se encaixa melhor como meio de pagamento, por estar mais orientado a sua finalidade original que é uma criptomoeda ou criptodivisa e também destaca que a Comissão Europeia trabalha sobre uma proposta de regulamentação, a qual, orientada de acordo com os papéis divulgados a considerar este bem como um meio de pagamentos. Na visão do mesmo autor citado neste parágrafo, isto contribuirá de maneira expressiva para unificar o tratamento legal no marco da UE.

⁸ Moedas emitidas pelo Banco Central do país, como meio de pago forçoso.

⁹ A criptomoeda de referência desta sentença e o Bitcoin, naturalmente a mais conhecida.

CONCLUSÃO

Na finalidade de obter uma aproximação sobre o conceito e a natureza jurídica das Criptomoedas, dar-se ao leitor uma contribuição referente a esta temática, como já foi dito no início, até mesmo por sua recente criação, o que explica todo esse complexo andaime jurídico e doutrinário, no afã de se dar uma resposta unificada por parte dos organismos estatais.

De acordo com a legislação dos Estados que foram objeto de estudo deste artigo, não existe um consenso sobre a definição de criptoativos, no entanto, estão alinhados enquanto a sua consideração de bem imaterial e que por sua valoração econômica forma parte do patrimônio de seus detentores, também por sua função que vem desenvolvendo como meio de pagamento de bens ou serviços, como um meio de reserva e até mesmo como meio de troca por moedas de curso legal.

No entanto, há um consenso dos Estados através do Órgão emissor de moedas em sentenciar que estes criptoativos não são moedas, esta posição dos governos se manifesta pelos informes que o Banco Central de cada Estado emite ao público em geral, que estes bens não são moedas legais e alertam sobre a sua volatilidade e alto risco para os investidores por não estar avalizada por nenhuma reserva de nenhum Estado.

O uso das criptomoedas estão cada vez mais arraigado no mercado, nos dias atuais, aparecem com frequência nos veículos de comunicação, desde sua valorização como o questionamento se no futuro vai substituir as moedas fiduciárias, percebe-se que o protocolo do Bitcoin permite a criação de outras criptomoedas, por tanto, constata-se a possibilidade dos governos adotarem esta tecnologia, no entanto para alguns Estados esta possibilidade já está a caminho, mas esta questão específica, foge ao foco da análise deste trabalho.

O BCE, por exemplo, vem trabalhando arduamente na proposta de regulamentação destes criptoativos o que significa um grande passo, pois como já expressamos no início, para a maior proteção dos usuários, existe a necessidade de contar com o arcabouço de uma maior segurança jurídica para avançar no uso dessa inovadora rede de pagamentos através desses criptoativos.

No momento em que alguns Estados vêm adotando como na Argentina, são políticas cambiais para restringir a fuga das reservas de dólares do país, assim, como as boas práticas em matéria de transparência para evitar a lavagem de ativos e financiamento de atos de terrorismos e redes criminosas que possam se aproveitar da privacidade dessa operação.

Mas nada se tem a respeito de sua regulação jurídica, nem sequer um conceito unificado no momento é possível, o mais próximo a essa natureza vem a dar-se pela sentença do Tribunal Supremo da Espanha do ano 2019, o qual a define como “um ativo patrimonial imaterial, na forma de unidade de conta definida pela tecnologia informática e criptográfica”. Esta definição do Supremo Tribunal está alinhada à definição proporcionada pelo último informe do BCE de criptoativos por suas características.

Assente-se com a definição de criptoativos por todos os argumentos já expostos no presente, de acordo com a recomendação do *Finacial Action Task Force* (2019)¹⁰, o G20 logo após

10 Financial Action Task Force (FATF, 2019) que traduzido ao português estas siglas são GAFI o que significa Grupo

a reunião de Buenos Aires em março de 2018, o qual propôs o termo de criptoativos em vez de criptomoedas, mas deve-se avançar um pouco mais além pela finalidade que foi criada este ativo, o qual é se estabelecer como um meio de pagamento, pois se restringisse somente como a primeira haste estaria camuflando a essência dessa criação inovadora que poderá revolucionar os meios de pagamentos por suas fortalezas ou vantagens frente ao sistema tradicional de pagamentos.

Dada a característica do ativo ser também um meio de pagamento, sempre que seja aceito para trocar bens ou serviços, que possa ser utilizado como unidade de conta por um grupo de usuários e que seja possível de guardar valor ao detentor desse bem. Como foi exposto, os criptoativos cumprem essas funções o que impede de ter um consenso causando a divergência conceitual nas distintas legislações dos países.

Uma das questões a serem trabalhadas na adoção da criptomoeda, é no que se refere à segurança do processo para seus usuários, neste aspecto, existe um consenso de que os Estados devem trabalhar de forma harmônica para dotar de segurança jurídica a todos os agentes econômicos envolvidos. Desta maneira, a partir de um ordenamento jurídico claro, criam dificuldades aos que praticam os delitos de lavagem de dinheiro, às redes terroristas como outras práticas delitivas. E assim, construir um andaime jurídico mais robusto para a operacionalização das criptomoedas.

REFERÊNCIAS

- ACOHIDO, Byron. Como o bitcoin iniciou o que pode ser uma revolução tecno-industrial. **Avast blog**, [s. l.], 29 nov. 2019. Disponível em: <https://blog.avast.com/pt-br/how-bitcoin-and-blockchain-technology-evolved>. Acesso em: 7 mar. 2021.
- ALVA, Mariana de; DIAZ, Alberto Vicente; LAINO, Alcira Margarita; RODRIGUEZ, Mariano Fabio; VILLAN, Luis Fernando. Las criptomonedas, un nuevo obstáculo en el camino hacia la transparencia fiscal internacional. **Revista de Administración Tributaria CIAT/AEAT/IEF**, [s. l.], n. 38, p. 106-123, fev. 2015. Disponível em: https://www.ciat.org/Biblioteca/Revista/Revista_38/espanol/2015_afip_argentina.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.
- ASENSIO BORRELLAS, Victor. El Bitcoin una primera aproximación jurídica en Derecho Civil español. **La Notaria**, Barcelona, n. 3, p. 40-45, 2018. Disponible em : <https://www.colegionotarial.org/es/actualidad/publicaciones/la-notar%C3%ADa/la-notar%C3%ADa-201803>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Estatística do setor externo**. Brasília: BCB, 26 ago. 2019. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/estatisticas/hist_estatisticassetorexterno/201908. Acesso em: 7 fev.2021.
- BANCO DE ESPAÑA. **Comunicado conjunto de la CNMV y del Banco de España sobre “criptomonedas” y “ofertas iniciales de criptomonedas” (ICOs)**. Madrid: Banco de España, 8 fev. 2018. Disponível em: <https://www.cnmv.es/loultimo/NOTACONJUNTAriptoES%20final.pdf>. Acesso em: 7 fev. 2021.
- de Ação Financeira Internacional, é um órgão internacional de controle global de lavagens de ativos y financiamento de terrorismo, este Ente intergovernamental estabelece pautas internacionais que tem o como objetivo combater tais práticas que causam perdas a sociedade, atualmente esse órgão conta com mais de 200 países associados (<https://www.fatf-gafi.org/about/>).

BANCO DE PORTUGAL. **Carta Circular n.º 011/2015/DPG**. Lisboa: Banco de Portugal, 10 mar. 2015. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/cartacircular/0112015dpg>. Acesso em: 07 fev.2021.

BANCO INTERNACIONAL DE PAGOS. **El BIS publica un informe sobre la emisión de moneda digital por bancos centrales**. Madrid: Banco Internacional de Pagos, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://www.fundsociety.com/es/noticias/alternativos/el-bis-publica-un-informe-sobre-la-emision-de-moneda-digital-por-bancos-centrales>. Acesso em: 31 jan.2021.

BAROSSO FILHO, Milton; SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e desafios da moeda virtual. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1669-1690, 2015.

BCRA - BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. **Comunicación “A” 6770**. Buenos Aires: BCRA, 1 set. 2019a. Disponível em: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A6770>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BCRA - BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. **Comunicación “A” 6823**. Buenos Aires: BCRA, 31 out. 2019b. Disponível em: <https://www.bcra.gob.ar/Pdfs/comytexord/A6823>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BCRA - BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. **Comunicación “A” 7030**. Buenos Aires: BCRA, 28 maio 2020. Disponível em: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A7030>. Acesso em: 6 fev. 2021.

BITCOIN. **Bitcoin es una innovadora red de pagos y una nueva clase de dinero**. [2021]. Disponível em: <https://bitcoin.org/es/>. Acesso em: 30 jan.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9, de 2022**. Dispõe sobre a emissão da moeda nacional no formato digital e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022a. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2139775. Acesso em: 16 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código civil. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70327>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.478, de 21 de dezembro de 2022**. Dispõe sobre diretrizes a serem observadas na prestação de serviços de ativos virtuais e na regulamentação das prestadoras de serviços de ativos virtuais [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2022b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2019-2022/2022/lei/L14478.htm>. Acesso em: 16 fev. 2023.

CÁMARA DE INDUSTRIA Y COMERCIO ARGENTINO – ALEMANA. Naturaleza de las criptomonedas en el ordenamiento jurídico argentino. **Noticias Legal & Tax AHK News**, [Buenos Aires], 19 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ahkargentina.com.ar/actualidad/news-details/naturaleza-de-las-criptomonedas-en-el-ordenamiento-juridico-argentino>. Acesso em: 6 fev.2021.

COMISIÓN NACIONAL DE VALORES. **Alerta al Público inversor sobre ofertas iniciales de monedas virtuales o tokens**. Buenos Aires: CNV, 4 dec. 2017. Disponível em: <https://www>.

cnv.gov.ar/SitioWeb/Prensa/Post/1204/1204-alerta-al-publico-inversor-sobre-ofertas-iniciales-de-monedas-virtuales-o-tokens. Acesso em: 6 fev. 2021. ARGENTINA.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Ofício-Circular CVM/SIN 01/18**. Rio de Janeiro: CMVM, 12 jan. 2018. Disponível em: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin-0118.html>. Acesso em: 7 fev. 2021.

COMISSÃO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Comunicado da CMVM às entidades envolvidas no lançamento de “Initial Coin Offerings” (ICOs) relativo à qualificação jurídica dos tokens**. Lisboa: CMVM, 23 jul. 2018. Disponível em: <http://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/Comunicados/Pages/20180723a.aspx>. Acesso em: 7 fev. 2021.

DENOYA ROLLA, Pablo Daniel. Las criptomonedas y su naturaleza jurídica en el derecho comparado y Argentina. **Biblioteca Digital/ Uncuyo**, Mendoza Argentina, p. 1–16, 2019. Disponible em: <https://bdigital.uncuyo.edu.ar/12511>. Acesso em: 26 ago. 21.

DÍEZ, Agustín. Barroilhet. Criptomonedas, economía y derecho. **Revista Chilena de Derecho y Tecnología**, Santiago, v. 1, n. 8, p. 29–67, jun. 2019. DOI: <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2019.51584>

DOMÍNGUEZ, C. María De La Concepción. Aspectos jurídicos de las criptomonedas. **Blockchain Intelligence Law Institute**, Madrid, p. 1–31, marzo 2019. Disponível em: www.blockchaintelligence.es. Acesso em: 20 jan. 2021.

ESPAÑA. Dirección General de Tributos. **Resolución Vinculante V3513-19, del 20 de diciembre de 2019**. Madrid: Dirección General de Tributos, 2019a. Disponível em: <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas>. Acesso em: 30 jan. 2021.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1989 por el Cual se Publica el Código Civil. **Boletín Oficial del Estado**, Madrid, n. 206, 25 jul. 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

ESPAÑA. Tribunal Supremo. **Recurso casación núm.: 998/2018 Sala de lo Penal**. Madrid: Tribunal Supremo, 20 jun. 2019b. Disponível em: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2484b8072b28c6b92a42e4a9c597691621>. Acesso em: 6 fev. 2021.

ESPAÑHOL, Natalia. ¿Qué diferencias hay entre una moneda digital y una criptomoneda? **BBVA Research, Buenos aires**, 4 jan. 2021. Disponível em: <https://www.bbva.com/es/que-diferencias-hay-entre-una-moneda-digital-y-una-criptomoneda/>. Acesso em: 30 jan. 2021.

EUROPEAN CENTRAL BANK. Dictamen (CON/2016/49). **Diario Oficial de la Unión Europea**, Germany, 12 out. 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016AB0049>. Acesso em: 30 jan. 2021.

EUROPEAN CENTRAL BANK. **Virtual currency schemes**. Germany: ECB, out. 2012. Disponível em: <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2021.

EUROPEAN CENTRAL BANK. **Virtual currency schemes: a further analysis**. Germany: ECB,

fev. 2015. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf>. Acesso em: 30 jan.2021.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE. **Annual report 2018/2019**. Paris: FATF, 2019. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF-annual-report-2018-2019.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2021.

GONZÁLEZ PUENTE, Ibai Adenso. Criptomonedas: naturaleza jurídica y riesgos en la regulación de su comercialización. **Revista de Derecho del Mercado de Valores**, São Paulo, n. 22, p. 1-8, 2018.

MANAA, Mehdi *et al.* **Crypto-Assets: implications for financial stability, monetary policy, and payments and market infrastructures**. Frankfurt a. M. : European Central Bank (ECB), 2019. Disponível em: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpops/ecb.op223~3ce14e986c>. Acesso em: 10 fev.2021.

MONTEAGUDO, Montaniano, GARCÍA, Francisco Javier. La primera sentencia sobre bitcoins de nuestro alto tribunal: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo penal, sección 1a) Número 326/2019, de 20 de junio. **Actualidad Jurídica**, Madrid, n. 52, p. 128-135, sept. 2019. Disponível em: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/6681/documento/foro10.pdf?id=8966>. Acesso em: 15 jul. 2021.

MUÑIZ, Dolores María. Marco jurídico de las criptomonedas. **Revista de Derecho Bancario y Financiero**, Buenos Aires, n. 49, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://ar.lejister.com/articulos.php>. Acesso em: 15 jul. 2021.

NEUT, Alejandro. ¿Qué son las monedas digitales emitidas por los bancos centrales. **BBVA Research**, [s. l.], 10 fev. 2020. Disponível em: <https://www.bbva.com/es/que-son-las-monedas-digitales-emitidas-por-bancos-centrales/>. Acesso em: 30 jan. 2021.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. **Diário da República Eletrónico**: Série I, n. 274, 25 nov. 1966. Disponível em: <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view>. Acesso em: 30 jan.2021.

RIGUES, Rafael. Banco Central passa a reconhecer Bitcoin e criptomoedas como bens. **Olhar Digital**, [s. l.], 26 ago. 2019. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2019/08/26/noticias/banco-central-passa-a-reconhecer-bitcoin-e-criptomoedas-como-bens/>. Acesso em: 7 fev. 2021.

RODRÍGUEZ RUIZ, Raúl. Las criptodivisas como medio de pago y el derecho internacional privado. **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Madrid, v. 12, n. 2, p.740-757, 2020. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5628>. Acesso em: 15 jul.2021.

SOUZA, Matheus Wilson. Bitcoin: uma análise jurídica dessa moeda virtual. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4333, 13 maio 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32930>. Acesso em: 6 fev. 2021.

UNIÓN EUROPEA. Sentencia del Tribunal de Justicia. (sala Quinta). **Asunto C-264/2014**. Procedimiento prejudicial. Sistema común del impuesto sobre el valor añadido (IVA). Directiva 2006/112/CE. Artículos 2, apartado 1, letra c), y 135, apartado 1, letras d) a f). Servicios a

título oneroso . Operaciones de cambio de la divisa virtual “bitcoin” por divisas tradicionales. Exención Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22 out. 2015. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=es&jur=C,T,F&num=C-264/14>. Acesso em: 10 fev. 2021.

Como citar: CANDIDO, Joelma Cordeiro; ROMERO, Enrique Duarte. Natureza jurídica das criptomoedas: um estudo comparado entre Brasil e Argentina com os países da Península Ibérica. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p.130-150, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p130-150. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 31/10/2021.

Aprovado em: 28/02/2023.

**A FRUIÇÃO ANTECIPADA DE BENS PELO
HERDEIRO DURANTE O INVENTÁRIO
JUDICIAL: PONTOS CONTROVERTIDOS DO
PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 647 DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

THE ANTICIPATED USUFRUCT OF PROPERTY BY
THE HEIR DURING THE JUDICIAL INVENTORY:
CONTROVERSIAL POINTS OF THE PARAGRAPH OF
ARTICLE 647 OF THE CIVIL PROCEDURE CODE

Gilberto Fachetti Silvestre*
Eduardo Figueiredo Simões**

*Pós-Doutor em Direito
(Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ/RJ).

Pós-Doutor em Educação
(Universidade Federal do Espírito Santo – UFES/ES).

Doutor em Direito Civil (Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
- PUC/SP).

Mestre em Direito Processual Civil
(Universidade Federal do Espírito Santo – UFES/ES).

Graduado em Direito (Universidade
Federal do Espírito Santo – UFES/
ES)

E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3604-7348>

**Mestrando em Direito Processual
(Universidade Federal do Espírito Santo – UFES/ES).

Graduado em Direito (Universidade
Federal do Espírito Santo – UFES/
ES).

E-mail: eduardosimoes@hotmail.
com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0485-8365>.

Como citar: SILVESTRE, Gilberto Fachetti; SIMÕES, Eduardo Figueiredo. A fruição antecipada de bens pelo herdeiro durante o inventário judicial: pontos controvertidos do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 151-169, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p151-169. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Trata-se de pesquisa que objetiva analisar a formulação normativa do parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil, para esclarecer os principais pontos controvertidos sobre a natureza da tutela sumária nela prevista e a sua aplicação no âmbito do inventário e da partilha. Foi utilizado como método a abordagem qualitativa, por meio da análise exploratória de bibliografia e de julgados de Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa demonstra o modo pelo qual as regras do ordenamento jurídico material dialogam com o processo civil e apresentam os contornos das técnicas procedimentais e jurisdicionais. Ao final, a pesquisa analisa as consequências práticas de cada um dos pontos controvertidos, especialmente quanto à quota do herdeiro beneficiado.

Palavras-chave: tutela provisória; inventário judicial; fruição antecipada de bens; Art. 647 do Código de Processo Civil.

Abstract: This research aims to analyze the normative formulation of the paragraph of art. 647 of the Code of Civil Procedure, to clarify the main controversial points about the nature of the summary protection provided for therein and its application within the scope of the judicial inventory. A qualitative

approach was used as a method, through exploratory analysis of bibliography and judgments of Courts of Justice and the Superior Court of Justice. The research demonstrates the way in which the rules of the material legal order dialogue with the civil process and present the contours of procedural and jurisdictional techniques. At the end, the research analyzes the practical consequences of each of the controversial points, especially regarding the part of the beneficiary heir.

Keywords: interim protection; judicial inventory; anticipate usufruct of property; Art. 647 of the Code of civil procedure.

INTRODUÇÃO

Apesar de bem vista a introdução no Código de Processo Civil da figura da fruição de bens por herdeiros ao longo do inventário, a aplicação da regra do parágrafo único do art. 647 tem sido objeto de controvérsias sobre seus elementos processuais e procedimentais.

Esta pesquisa se destina a melhor detalhar e instrumentalizar as controvérsias em torno da natureza jurídica da antecipação do usufruto de bens por um herdeiro, bem como elencar quais as consequências práticas durante o inventário para cada um dos pontos de vista debatidos na literatura jurídica e nas decisões judiciais.

Em meio às alterações no plano do ordenamento jurídico material, o legislador, orientado pelas diretrizes da processualística contemporânea, criou institutos e promoveu modificações na ordem processual para assegurar a efetivação dos direitos subjetivos materiais por meio de uma prestação jurisdicional mais eficiente e adequada.

Apesar de a regra genérica da tutela de evidência estar prevista no art. 311 do Código de Processo Civil, existem hipóteses específicas dessa tutela sumária que estão disseminadas ao longo do *Codex*. Uma delas, assim reconhecida majoritariamente, é a regra do parágrafo único do art. 647.

Entretanto, a regra do parágrafo único do art. 647 é de tímida aplicação pelo Judiciário, sendo objeto de discussão no tocante à sua natureza e aos requisitos para sua incidência.

Esta pesquisa analisa a formulação normativa do parágrafo único do art. 647 e suas múltiplas interpretações possíveis, respondendo ao seguinte problema teórico: Quais as consequências práticas das divergências sobre o âmbito de aplicação do parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil?

Diante de uma problemática hermenêutico-teórica, tem-se um problema teórico com profundas repercussões práticas, como, por exemplo, como será a aplicação da regra *res perit domino*, se a destruição da coisa impacta de que maneira no quinhão hereditário do herdeiro usufrutuário e a possível existência de requisitos a mais para o deferimento da tutela provisória prevista no parágrafo único do art. 647.

Com isso, espera-se elucidar os principais pontos controvertidos que circundam a natureza da tutela sumária prevista no parágrafo único do art. 647, bem como a sua aplicação no âmbito do inventário judicial.

Em um segundo plano, a pesquisa buscou demonstrar o modo pelo qual as regras do ordenamento jurídico material influenciam a esfera processual e delineiam os contornos das técnicas procedimentais e jurisdicionais. Para tanto, utilizou-se como metodologia a abordagem qualitativa, por meio da análise exploratória de bibliografia e de julgados de Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça.

1 A RELAÇÃO DIREITO MATERIAL-DIREITO PROCESSUAL E O MICROSSISTEMA DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

As “técnicas antecipatórias” foram introduzidas ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, notadamente nos seus arts. 273 e 461, na forma “tutelas sumárias” ou “tutelas diferenciadas”, que poderiam ser concedidas no curso do processo, permitindo que o direito material fosse tratado de forma diferenciada, segundo as suas necessidades. Nesse sentido, a instrumentalidade do processo tem importantes contribuições a oferecer.

A ideia fundamental do instrumentalismo é estabelecer uma ponte entre o direito processual e o direito material, o que seria, ainda, a principal virtude do processo (DINAMARCO, 2013, p. 22). A instrumentalidade do processo tem como premissa que o direito material se coloca como o valor para a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais: “o processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela” (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 45 e 47).

A recepção desse paradigma pela processualística contemporânea reafirma o entendimento de que o procedimento ordinário tradicional, marcado pela sua neutralidade em relação ao direito material, “não constitui resposta adequada às várias situações concretas” (MARINONI, 2011, p. 132). As diferentes situações de direito substancial exigem, portanto, instrumentos processuais ou técnicas de julgamento diferenciadas.

Nesse sentido, um dos fatores que determinam a singularidade de cada caso concreto é o ônus de duração do processo, notadamente nas demandas circunstanciadas pela urgência de uma tutela específica, em que a espera do efetivo provimento jurisdicional pode gerar prejuízos ou riscos de danos para uma das partes.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci (1997, p. 145-146) “o tempo constitui importantíssimo vetor no plano do direito material” e a época contemporânea é nitidamente marcada “pelo advento de rápida evolução e irrefreado desenvolvimento que as estruturas judiciárias não acompanharam com a mesma presteza.” Logo, por consequência, “é evidente que a introdução de alterações expressivas no plano do direito material reclama, de modo imediato, modificações no sistema processual”.

Humberto Theodoro Junior (2021, p. 563) ressalta que “o ônus do tempo, às vezes, recai precisamente sobre aquele que se apresenta, perante o juízo, como quem se acha na condição de vantagem que afinal virá a merecer a tutela jurisdicional”.

Por tais razões, observadas pela ciência processual e pelo legislador, foram criadas e introduzidas na sistemática processual as técnicas de sumarização, cujo fim é a melhor distribuição do custo da duração do processo, não onerando excessiva e injustamente aquele que aparenta ser, a princípio, o merecedor da tutela jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2021, p. 563).

A característica essencial que distinguiu e ainda distingue as tutelas diferenciadas das tutelas comuns reside na eficácia da determinação judicial: enquanto as comuns caracterizam-se sempre pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico, “as diferenciadas apresentam-

se, invariavelmente, como meios de *regulação provisória* da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes” (THEODORO JUNIOR, 2021, p. 563).

Ocorre que, embora o Código de Processo Civil de 1973 previsse três espécies de tutelas antecipatórias fundadas em urgência, cada uma para um fim específico — a tutela antecipada, a tutela cautelar e a tutela inibitória da posse —, não é possível dizer que havia uma estruturação sistemática e legal propriamente dita das disposições relativas a essas técnicas de sumarização.

Tal sistematização se concretizou com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que concebeu um microssistema para as tutelas provisórias. Na ocasião, o Código também extinguiu alguns dos institutos estatuídos pela legislação processual anterior, como a figura do processo cautelar autônomo, além de simplificar e padronizar o procedimento a ser seguido para concessão da tutela provisória pleiteada:

Sob o rótulo de “Tutela Provisória”, o CPC/2015 reúne três técnicas processuais de tutela provisória, prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo. Nesse aspecto, as ditas “tutelas provisórias” arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos (THEODORO JUNIOR, 2021, p. 564).

No microssistema contemplado pelo Código de Processo Civil há duas espécies maiores do gênero tutela provisória, quais sejam: 1) a tutela de urgência (art. 300), que se subdivide em tutela de natureza antecipada e tutela de natureza cautelar; e 2) a tutela da evidência (art. 311). A diferença essencial entre ambas reside no fato de que a concessão da tutela de evidência independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), diferentemente da tutela de urgência, cuja concessão depende da demonstração da urgência da demanda.

Assim, inovou o Código ao introduzir na sistemática processual civil a regra genérica da tutela da evidência, cujo objetivo não é afastar o risco de dano econômico ou jurídico, mas o de “combater a injustiça suportada pela parte que, mesmo tendo a evidência de seu direito material, se vê sujeita a privar-se da respectiva usufruição, diante da resistência abusiva do adversário” (THEODORO JUNIOR, 2021, p. 564).

Semelhantemente, Daniel Mitidiero (2011, p. 41) entende que:

[...] o objetivo da tutela da evidência está em adequar o processo à maior ou menor evidência da posição jurídica defendida pela parte no processo, tomando a maior ou menor consistência das alegações das partes como elemento para distribuição isonômica do ônus do tempo ao longo do processo.

A tutela de evidência não se trata, pois, de uma subespécie de tutela de urgência, mas sim de um segmento autônomo da tutela provisória que objetiva suprimir, de modo imediato, a

iniquidade de manter insatisfeito um direito subjetivo que se afigura evidente no plano material.

Porém, a tutela da evidência possui hipóteses específicas previstas no seu regime jurídico no Código de Processo Civil, nas quais o juízo pode promover julgamento com base em cognição sumária e na alta probabilidade (evidência) do direito da parte. Tais hipóteses são situações em que se constata que o direito material necessita de prestação jurisdicional diferenciada, uma tutela sumária de evidência específica.

Em outras palavras, o *caput* do art. 311 do Código de Processo Civil estatuiu uma regra geral, que pode ser evocada pela parte quando esta entender que faz jus a tal técnica. Essa previsão genérica deve ser evocada sem que afete ou influencie a prestação da tutela de evidência específica de cada uma das demais hipóteses expressamente previstas de modo especial no próprio Código ou na legislação extravagante. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno (2021, p. 348) assim explica:

O que ocorre é que o art. 311 é regra que veio para generalizar hipóteses que, em rigor, já eram encontradas no direito brasileiro e que continuam previstas pelo Código de Processo Civil, a autorizar o magistrado, mesmo independentemente de urgência, a tutelar imediatamente determinados direitos.

Cassio Scarpinella Bueno (2021, p. 348), exemplificando, elenca como hipóteses congêneres, ou ao menos assimiláveis, à tutela de evidência prevista no art. 311 do Código de Processo Civil: a colheita de provas antecipadamente (incisos II e III do art. 381); as ações possessórias (*caput* do art. 562); a fruição de bens por herdeiros ao longo do inventário (parágrafo único do art. 647); o resguardo de bens para o nascituro em nome do inventariante (art. 650); e, de forma mais ampla, a própria pretensão recursal (§ 4º do art. 1.012 e § 1º do art. 1.026) (BUENO, 2021, p. 348).

O parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil introduziu, no inventário e na partilha, uma espécie de tutela provisória de evidência: trata-se de uma das hipóteses em que o Código expressamente prevê, pelos contornos e natureza do direito material, uma tutela sumária específica. Segundo Ana Luiza Maia Naves (2015, p. 160),

[...] em boa hora, portanto, o Código de Processo Civil traz expediente que permite no âmbito do processo fazer valer os vínculos dos herdeiros com determinados bens da herança, realizando, assim, a concretude desejada para a partilha, segundo a tábua axiológica da Constituição Federal.

No mesmo sentido, Rodrigo Ramina de Lucca (2015, p. 1548) aduz que “trata-se de previsão louvável que aumenta a efetividade do processo de inventário e partilha e garante que o futuro destinatário do bem dele usufrua imediatamente”.

Embora seja uma novidade no sistema jurídico processual, a fruição antecipada já existia há tempos no Direito brasileiro. No caso da sucessão provisória do procedimento de ausência (art. 22 a 39 do Código Civil), os herdeiros são imitados provisoriamente na posse e podem usufruir dos bens deixados pelo ausente:

Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

Art. 33. O descendente, ascendente ou cônjuge que for sucessor provisório do ausente, fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem; os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 29, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente.

Parágrafo único. Se o ausente aparecer, e ficar provado que a ausência foi voluntária e injustificada, perderá ele, em favor do sucessor, sua parte nos frutos e rendimentos (BRASIL, 2002).

Semelhante regra estava prevista no art. 477 do Código Civil de 1916:

O descendente, ascendente, ou cônjuge, que for sucessor provisório do ausente fará seus todos os frutos e rendimentos dos bens que a este couberem. Os outros sucessores, porém, deverão capitalizar metade desses frutos e rendimentos, segundo o disposto no art. 472, de acordo com o representante do Ministério Público, e prestar anualmente contas ao juiz competente (BRASIL, 1916).

Quanto à fruição antecipada do Código de Processo Civil, apesar de bem vista a introdução da figura da fruição de bens por herdeiros ao longo do inventário, a aplicação da regra do parágrafo único do art. 647 é objeto de maiores controvérsias e debates quanto a elementos processuais e procedimentais que precisam ser melhor detalhados e instrumentalizados.

As regras do art. 33 do Código Civil e do art. 477 do Código Civil de 1916 revelam que não há o que temer quanto à fruição antecipada; ao contrário, ela é estimulada pela legislação e pelas regras fundamentais do processo, especialmente a efetividade da jurisdição.

2 A NATUREZA DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DA PARTILHA: UMA TUTELA PROVISÓRIA DE EFICÁCIA DEFINITIVA?

É discutível qual seria a natureza da tutela prescrita no parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil, cuja formulação normativa prescreve que o juiz poderá deferir antecipadamente, a qualquer dos herdeiros, o exercício dos direitos de usar e de usufruir de determinado bem. Essa decisão do juízo condiciona que, na partilha, o bem dado em usufruto integre a quota do herdeiro usufrutuário.

A literatura jurídica é majoritária em reconhecer que parágrafo único do art. 647 se refere a uma hipótese especial de tutela provisória de evidência, diferente daquelas genéricas do Livro da Tutela Provisória do Código de Processo Civil (BUENO, 2017, p. 516).

Mas há outras linhas de entendimento. Por exemplo, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2018, p. 1940) entendem que a regra do art. 647 se trata de hipótese de usufruto

legal.

Há, ainda, os que sustentam, minoritariamente, que se trata de julgamento antecipado do mérito, com base no art. 355 do Código de Processo Civil. Bem, quanto a este entendimento, pontuam-se algumas observações.

O julgamento antecipado da lide pode ocorrer quando um ou mais pedidos formulados, ou parcela deles, for incontroverso (inciso I do art. 356), ou quando estiver em condições de imediato julgamento (inciso II do art. 356), dispensando-se a produção de provas.

Para Alexandre Freitas Câmara (2021, p. 229), a terminologia comumente empregada “julgamento antecipado” não se mostra a mais adequada, “já que não se trata de julgar o mérito antecipadamente, mas de julgá-lo imediatamente”, razão pela qual se deveria falar em “julgamento imediato do mérito”.

Não se deve, porém, confundir julgamento antecipado com tutela de evidência. Segundo Humberto Theodoro Junior (2021, p. 637), ao contrário do que se passa com a tutela provisória da evidência, o julgamento antecipado da lide é definitivo. Trata-se de “uma das modalidades do julgamento conforme o estado do processo”.

O provimento da tutela antecipada — seja ela de urgência ou de evidência — apenas adianta os efeitos da resolução do mérito e o faz de forma provisória, isto é, sob cognição sumária; já o julgamento antecipado (ou imediato) do mérito é definitivo, fundado em cognição exauriente, na medida em que promove não só o adiantamento dos efeitos, mas a própria resolução do mérito (THEODORO JUNIOR, 2021, p. 637). Ademais, a provisoriedade é a característica imanente às tutelas diferenciadas, o que as distingue das tutelas comuns.

No caso do parágrafo único do art. 647, a concessão da tutela pleiteada resultará na antecipação do “exercício dos direitos de usar e fruir” do bem. Anne Lacerda de Brito (2018, p. 211) assim interpreta o parágrafo único do art. 647:

O primeiro trecho demonstra que não há concretização da tutela jurisdicional. O que se busca com a partilha é a individualização dos bens, cessando o condomínio entre os herdeiros e adquirindo, cada qual, a propriedade do patrimônio que integrar sua respectiva cota parte. Conclui-se, portanto, que, com o deferimento, não se chega ao provimento jurisdicional, mas seus efeitos são antecipados. Para que se alcançasse completamente, seria preciso conceder poder de disposição ao beneficiado, o que expressamente não foi a intenção do legislador.

Por essa perspectiva, *a priori*, o parágrafo único do art. 647 apenas permitiria a antecipação dos efeitos da decisão final, na forma de tutela antecipada, já que o herdeiro ou o legatário passa a exercer tão somente o usufruto ou uso do bem, mas não adquire sua propriedade (BRITO, 2018, p. 211-212), o que somente ocorrerá com a sentença da partilha, isto é, com a resolução do mérito. Assim, “não se trata de julgamento parcial de mérito, porque o herdeiro recebe apenas o exercício dos direitos de usar e usufruir do bem, e não sua propriedade” (NEVES, 2016, p. 1058).

Contudo, a própria formulação normativa do parágrafo único do art. 647 prescreve que

a antecipação da fruição e do uso do bem somente ocorrerá “com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro”. Logo, o que se depreende é que a tutela provisória a que se refere o art. 647 somente deverá ser concedida se houver certeza de que o bem integrará a cota do herdeiro ou do legatário. Nesse sentido, alguns julgados servem de exemplo da aplicação deste entendimento:

- TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2175669-72.2019.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, julgado em 03/10/2019;
- TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2100934-68.2019.8.26.0000, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Podestá, julgado em 02/07/2019;
- TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2177045-30.2018.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Marcondes, julgado em 29/01/2019;
- TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2143298-60.2016.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, julgado em 09/09/2016; e
- TJRS, Agravo de Instrumento nº. 70071350029, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 22/02/2017.

A condicionante da certeza de que o bem irá integrar a cota do herdeiro ou do legatário confere à tutela provisória uma eficácia definitiva, segundo Antônio Carlos Marcato (2021, p. 139):

[a decisão] apesar de antecipatória tem eficácia definitiva, pois o efetivo exercício do direito pelo herdeiro beneficiado acarretará, necessariamente, a inclusão do bem em seu quinhão hereditário, assumindo ele ainda, a partir de então, todos os ônus e bônus resultantes do exercício.

Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1058), apesar de concordar que não se trata de julgamento parcial de mérito, reconhece que há dúvidas quanto à espécie de julgamento do parágrafo único do art. 647. E isso porque, segundo ele,

Embora se assemelhe a tutela provisória (da evidência, porque a lei não prevê o *periculum in mora* como requisito para sua concessão), parte da certeza de que o bem integra a cota do herdeiro beneficiado pela concessão da tutela, o que contraria o juízo de mera probabilidade típico das tutelas provisórias (NEVES, 2016, p. 1058, grifo nosso).

A discussão é justificável, pois o conceito de *provisoriedade* se contrapõe ao de *definitividade*, razão pela qual a tutela provisória não pode ter o condão de consolidar a situação jurídica pleiteada pela parte, de modo a torná-la imutável. Todavia, a condicionante prevista pelo Código de Processo Civil parece demandar a existência do elemento *certeza*, que não se pode

fundar no mero juízo de probabilidade ou de verossimilhança, característico da cognição sumária e que sustenta as tutelas provisórias, inclusive a de evidência.

Assim, caso se considere que a concessão da tutela a que se refere o parágrafo único do art. 647 demanda uma exigência de certeza de que o bem, de fato, integrará a cota do beneficiado, poder-se-ia falar em julgamento antecipado/imediato parcial do mérito (BRITO, 2018, p. 213), sendo parcial, nesse caso, justamente porque permite ao herdeiro ou ao legatário exercer duas (usar e fruir) das três (usar, fruir e dispor) faculdades inerentes ao domínio. (A faculdade de reaver, para fins possessórios e reipersecutórios, independeria da concessão antecipada da fruição).

Entretanto, não parece ter sido essa a *ratio legislatoris* do parágrafo único do art. 647, afinal, caso houvesse certeza no caso em concreto, o juízo, de antemão, poderia deferir o pedido com fundamento no art. 355 do Código de Processo Civil, não havendo necessidade de uma regra específica no âmbito do inventário e da partilha. Por essa razão, a condição de que, ao término do inventário, o bem de fruição antecipada venha a integrar a cota do herdeiro deve ser entendida não como um requisito, mas como uma consequência da concessão da tutela pleiteada:

Ou seja, não significa que para ser concedido se deve saber que o bem será do beneficiado, mas que há grande possibilidade de que assim seja e, sendo deferido o pedido, a destinação do bem à cota do beneficiado é um ônus necessariamente atribuído a ele, que buscará adequar o bem à sua cota, podendo, no futuro, ainda ser compensado (caso lhe falte) ou ter que compensar os demais (caso exceda) (BRITO, 2018, p. 213).

A partir disso, a eficácia definitiva da tutela provisória do parágrafo único do art. 647 diz respeito tão somente às consequências que o herdeiro beneficiado deverá assumir após o deferimento (ônus e bônus do exercício dos direitos) e não em relação à integração do bem à cota do herdeiro ou legatário, o que poderia ser revertido por meio de pronunciamento judicial fundado em cognição exauriente (BRITO, 2018, p. 212-214).

Em outras palavras, a definitividade dessa tutela residiria na certeza da assunção exclusiva, pelo beneficiado, dos ônus e bônus decorrentes do uso e da fruição da coisa, de modo que a integração do bem à cota hereditária do interessado seria uma mera consequência do provimento e não um requisito para tal.

Esse entendimento permite a resolução de questões importantes no inventário judicial. Uma delas são os casos em que há o perecimento do bem cujo usufruto fora antecipado ao herdeiro, como, por exemplo, uma casa que é atingida por uma tempestade e há perda total da coisa. Pela regra *res perit domino*, quem suporta a perda é o proprietário e não o usuário ou o usufrutuário do bem.

Porém, se se admitisse a eficácia definitiva da tutela da evidência em relação à integração do bem à quota do beneficiado pela antecipação dos exercícios de usar e fruir, tornando o provimento imutável e irreversível, estar-se-ia diante de um conflito com o ordenamento jurídico material. Nesse sentido, para Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 513-514),

[...] como requisito para o deferimento da tutela provisória, se tem a obrigatoriedade do bem compor o quinhão hereditário do beneficiário. [...]. Isso porque não se mostra razoável que, primeiro, o interessado seja beneficiado com a tutela provisória e, assim, use e frua do bem, e, depois, caiba esse mesmo bem a outro interessado no momento da partilha da herança. Tal requisito é, a meu ver, inafastável, principalmente diante da questão do ônus e bônus decorrentes do exercício do direito de usar e fruir do bem.

Se o deferimento do direito garantido pelo parágrafo único do art. 647 promovesse a antecipação do exercício do direito de propriedade — aproximando-se mais, neste caso hipotético, de um julgamento imediato do mérito —, haveria a imutabilidade da determinação judicial no que se refere à integração do bem ao quinhão hereditário do beneficiário, não se podendo alocá-lo na cota de outro herdeiro. Partindo dessa premissa, “se o interessado der causa ao perecimento do bem, será o único prejudicado” (BUENO, 2017, p. 516).

De fato, a assunção do ônus pode até se referir à responsabilidade pelos custos gerados pelo bem, inclusive pelas benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias. Porém, a assunção nunca poderia se afigurar como hipótese para imputar ao beneficiado — que é mero usuário ou usufrutuário do bem — a responsabilidade pela perda da coisa.

Não à toa, o parágrafo único do art. 647 destaca “todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos” (BRASIL, 2015), isto é, os ônus referentes ao uso e ao usufruto, e nada menciona quanto ao exercício do direito de propriedade, cujo ônus envolve também a perda da coisa. Nesses casos, portanto, é necessária uma reconfiguração dos quinhões hereditários, de forma a garantir a isonomia entre os herdeiros.

Outrossim, havendo modificação do valor do bem, seja por deterioração, seja por depreciação, precipuamente nos casos em que o beneficiado não agiu de forma a contribuir para tanto, também não sói équo que o herdeiro que exerceu antecipadamente o uso e a fruição tenha que se submeter obrigatoriamente a um provimento judicial fundado em cognição sumária, sem possibilidade de reversão do provimento diante da alteração das circunstâncias materiais.

Naturalmente que o consenso entre os herdeiros facilitaria a modificação dessa situação, ao anuírem por uma nova divisão dos bens e reformulação dos quinhões. Mas a questão que se põe é: o herdeiro beneficiado teria o direito de, após usar e fruir o bem, requerer no curso do inventário que fosse feita uma nova partilha, sem lhe imputar a titularidade do bem usufruído?

Aprioristicamente, por se tratar de uma tutela fundada em cognição sumária, entende-se que haveria abertura para que a determinação judicial a que se refere o parágrafo único do art. 647 pudesse ser revista. Por exemplo, um herdeiro, a quem foram transferidas as quotas societárias de uma pessoa jurídica, não conseguiu administrar a empresa e colocou em risco a saúde financeira do empreendimento e, conseqüentemente, o rendimento de eventuais frutos e produtos.

Sendo de interesse de todos os herdeiros e do espólio que a empresa seja bem administrada, seria possível rever a decisão que antecipou o uso e a fruição, para determinar que o bem integre,

ao fim do inventário e da partilha, a cota de outro herdeiro que se mostre mais capaz para a administração; ou, ainda, de forma mais imediata, determinar que a antecipação seja efetuada em favor de herdeiro diverso.

Dessa forma, a definitividade da tutela provisória no inventário deve ser compreendida da seguinte forma: enquanto perdurar a antecipação do efeito da eventual sentença da partilha — qual seja, de que o bem integrará ao fim do processo o quinhão hereditário do beneficiário —, o herdeiro suportará, sozinho, os ônus e os bônus da coisa, isto é, as despesas e as receitas geradas pelo bem. Ou seja, não significa que, por ter a definitividade, a tutela se revestiria de uma imutabilidade própria de um provimento jurisdicional fundado em cognição exauriente, pois continua sendo fundada em juízo de probabilidade e em mera evidência de direito, podendo, por isso, ser revertida.

Mas, seria possível dizer que, na prática, afigura-se uma tutela provisória *sui generis*, na medida em que pode ser deferida com base na evidência complementada por elementos de urgência.

Entretanto, o que confere à tutela provisória contida no parágrafo único do art. 647 um caráter especial é justamente o fato de ser moldada a partir do direito material. Sua finalidade é garantir, de forma eficiente, que aquele que possui o direito à herança possa usufruir imediatamente da condição de possuidor e de proprietário. Neste ponto, Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 516) entende que o Código de Processo Civil permite a concretização substancial do direito de *saisine*:

Noutros termos, ao deferir a tutela provisória e, por isso, conceder a determinado interessado o direito de, desde logo, usar e fruir de certo bem inventariado antes mesmo da partilha dos bens, o magistrado pode realizar, praticamente, a ficção jurídica de que, no momento da morte, os bens transmitem-se aos interessados. A limitação existente (o interessado não pode dispor do bem) não aniquila essa assertiva (BUENO, 2017, p. 516).

Trata-se, pois, de uma técnica processual que pretende efetivar o direito material da parte. O seu objetivo é o mesmo das tutelas diferenciadas: “permitir que o direito material seja tratado de forma diferenciada, segundo as suas necessidades” (MARINONI, 2011, p. 132), o que vai de encontro com o compromisso de promover uma prestação jurisdicional mais eficiente. Afinal, “o processo, para ser justo, deve tratar de forma diferenciada os direitos evidentes, não permitindo que o autor espere mais do que o necessário para realização do seu direito” (MARINONI, 2011, p. 133).

No entanto, em que pese o seu propósito, a aplicação do parágrafo único do art. 647 ainda é tímida no âmbito das instâncias de apelação. Em verdade, os tribunais parecem criar condicionantes e requisitos *extra legem* para o deferimento da tutela provisória na esfera do inventário e da partilha, enrijecendo a aplicabilidade da regra.

3 REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA NO INVENTÁRIO: CONSENSO, URGÊNCIA E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO

Há quantidade significativa de julgados, sobretudo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP).

As decisões condicionam o deferimento da tutela sumária à “necessidade de certeza de que o bem integrará a cota do herdeiro”, uma vez que “o deferimento do pedido, embora antecipado, tem eficácia definitiva” (TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2175669-72.2019.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, julgado em 03/10/2019).

Em outro julgado da justiça paulista, o provimento da tutela foi negado sob o argumento de que a existência de litigiosidade entre os herdeiros impossibilitaria ter certeza sobre se o imóvel iria compor o quinhão hereditário do possível beneficiado: “existência de intensa animosidade entre as partes que, além de impor cautela no deferimento de qualquer medida antecipada, fulmina a probabilidade do direito invocado” (TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2177045-30.2018.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Marcondes, julgado em 29/01/2019). Também o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) decidiu um caso semelhante na mesma linha (TJMG, Agravo de Instrumento nº. 10000190967935001, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. *Ângela de Lourdes Rodrigues*, julgado em 13/02/2020).

Muito embora a eficácia definitiva da tutela sumária do parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil *não pressupõe o juízo de certeza sobre a integração do bem à cota hereditária*, é razoável o entendimento judicial de que a litigiosidade entre os herdeiros dificulta a concessão da tutela provisória.

Todavia, não parece razoável — ou acertado, se preferir — o entendimento no sentido de que o deferimento da tutela pleiteada depende de um consenso entre os herdeiros, de modo que a “ausência de prévia definição das cotas que a cada qual caberá” impossibilitaria tal provimento (TJSP, Agravo de Instrumento nº. 2175669-72.2019.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, julgado em 03/10/2019).

De fato, “em obediência ao princípio do efetivo contraditório, para a análise do usufruto antecipado de bens, deve ser concedido a todos oportunidade para se manifestar quanto ao pedido de cinco dias, conforme o art. 218, §3º” (BRITO, 2018, p. 214).

No mesmo sentido, Eduardo Lamy e Ricardo Alexandre da Silva reconhecem que, embora constitua tutela concedida a um herdeiro que muito provavelmente será o futuro destinatário do bem, deve-se atentar “à necessidade de consulta às demais partes (CPC/2015, art. 10), respeitando-se os princípios da cooperação e do contraditório substancial” (SILVA; LAMY, 2016, p. 575).

Dessa forma, como não basta qualquer impugnação por parte do réu para impedir a aplicação do parágrafo único do art. 647, conquanto não haja impugnação séria — isto é, oposição verossímil ou qualquer questão prejudicial que influencie a sua concessão —, a tutela provisória do art. 647 pode ser aplicada (BRITO, 2018, p. 214).

A questão é que, por vezes, a incerteza sobre a destinação do bem ao fim da partilha, causada pela ausência de consenso entre os herdeiros, pode ser suprida por outro elemento circunstancial do caso concreto. O mais comum para tal fim, curiosamente, é o elemento da urgência.

Em verdade, a tutela provisória, no inventário, pode ser concedida com base na cumulação do pedido de tutela evidente com pedido de tutela urgente, tendo em vista que o fundamento evidente de direito pode ser contemporâneo à urgência na espécie (LAMY, 2018, p. 33).

Nesse sentido, para Eduardo Lamy e Ricardo Alexandre da Silva (2016, p. 576):

Os requisitos necessários ao deferimento da utilização e fruição não são típicos da tutela de urgência, possuindo mais caráter de evidência do que de urgência. Tal situação, entretanto, não exclui a possibilidade de haver urgência na espécie, especialmente para que o próprio bem possa ser protegido, como seria o caso, por exemplo, da utilização antecipada de um automóvel, também com o objetivo de não deixá-lo parado.

Inclusive, para eles, a própria demora inerente ao processamento do inventário já se mostra suficiente para o deferimento da medida ao herdeiro que, com maior probabilidade, deverá ficar com determinado bem (SILVA; LAMY, 2016, p. 576).

Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.738.656/RJ, decidiu que:

Em suma, a antecipação da fruição e do uso de bens que compõem a herança é admissível: (i) por tutela provisória da evidência, se não houver controvérsia ou oposição dos demais herdeiros quanto ao uso, fruição e provável destino do referido bem a quem pleiteia a antecipação; (ii) por tutela provisória de urgência, independentemente de eventual controvérsia ou oposição dos demais herdeiros, se presentes os pressupostos legais (BRASIL, 2019).

Por essa lógica, o elemento “urgência” pode ser utilizado tanto para fins de cumulação com o pedido de tutela evidente, quanto para requerer o provimento na forma de tutela sumária de urgência.

A conclusão, a partir da decisão da 3ª Turma, é que, embora o elemento urgência não seja um requisito para concessão da tutela a que se refere o parágrafo único do art. 647, ela pode ser utilizada para suprir a ausência de consenso no caso concreto, que geralmente é invocada pelos tribunais como causa de indeferimento do pedido por gerar incertezas quanto à destinação dos bens.

Parece ter sido justamente a situação que envolvia o julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.958.947/MG, em que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

Com efeito, tratando-se o art. 647, parágrafo único, do CPC/2015 de uma hipótese específica de tutela provisória, presentes os pressupostos da tutela de urgência, como reconhecido na decisão originária, não há exigência legal de intimação prévia ou anuência dos demais herdeiros (BRASIL, 2022).

Por outro lado, há julgados que entendem pela necessidade de provar, além da urgência da fruição antecipada, a ausência de prejuízo aos coerdeiros e aos credores (inclusive à Fazenda Pública). Foi o critério utilizado pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) no julgamento de Agravo de Instrumento: “[...] o adiantamento do quinhão de herança é lícito, dès que demonstrada a ausência de prejuízo aos coerdeiros e aos credores do espólio — inclusive à Fazenda — e comprovada, de modo suasório, a urgente necessidade de uso do valor ou do bem requerido” (RIO DE JANEIRO, 2021).

Contudo, não parece razoável condicionar o deferimento da tutela sumária a um requisito colocado de forma demasiadamente genérica e que, na prática, é de difícil comprovação. Mas, ainda que se entenda pela razoabilidade de tal condicionante, a prova de ausência de prejuízo se afigura uma prova negativa (*probatio diabolica* ou *devil’s proof*), cabendo ao juízo definir qual seria o documento apto para tal comprovação (certidões negativas, declaração da Fazenda Nacional *etc.*).

De qualquer modo, além da probabilidade do direito ou da probabilidade desse direito em associação à urgência do pleito, o único requisito que, aparentemente, parece decorrer da própria lei é a **demonstração da realização de reserva de bens suficientes ou do pagamento de todas as dívidas do espólio**, o que reflexamente permitiria comprovar, ao menos *a priori*, a ausência de prejuízo aos credores. Nesse sentido:

O pedido de antecipação do exercício dos direitos de uso e fruição de bens do espólio, previsto no parágrafo único do art. 647, do CPC deve ser apreciado à luz do disposto no art. 642, § 3º, do CPC, não podendo ser deferido quando ausente a demonstração da realização de reserva de bens suficientes ou do pagamento de todas as dívidas do espólio (MINAS GERAIS, 2018).

Compartilhando do mesmo entendimento, Paulo Guilherme Manzini (MAZINI, 2020, p. 67) escreve que:

É importante observar que o juiz deverá atentar-se às dívidas do espólio antes de deferir a tutela, pois somente se restar comprovado a inexistência de dívidas em face do espólio, ou ainda seu adimplemento ou a separação de bens suficientes para o adimplemento dos credores habilitados, é que esta medida incidental poderá ser concedida.

Quanto a este ponto, parece mais razoável a decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO) em julgado no qual assentou que:

[...] não sendo possível verificar se a quantia requerida pelo agravante é maior ou menor do que o valor total dos bens do espólio ou, se maior ou menor que a sua quota parte na herança, impossível afastar o perigo da irreversibilidade da medida, impondo o indeferimento do pedido de levantamento (GOÍAS, 2016).

O perigo de irreversibilidade da medida se funda no coerente receio de que o bem, cujo

usufruto será antecipado ao beneficiado, tenha um valor que ultrapasse a cota hereditária respectiva, colocando em risco o tratamento isonômico dos herdeiros.

Outra questão que se coloca é quanto a dois elementos do parágrafo único do art. 647, quais sejam: 1) a condição de que o bem integre a cota do herdeiro beneficiado; e 2) a assunção de todos os ônus e bônus decorrentes do exercício dos direitos de usar e fruir.

Para Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 511-512), ambos os elementos se afiguram como os requisitos para o deferimento da tutela sumária gravada no parágrafo único do art. 647.

Por outro lado, há quem entenda que a condição de que o bem integre a cota do herdeiro beneficiado deve ser lida não como um requisito, mas como uma consequência (BRITO, 2018, p. 213). Este entendimento parece mais acertado, ao qual se pode adicionar, ainda, o fato do beneficiado assumir todos os ônus e bônus também se trata, em igual medida, de uma consequência do provimento da referida tutela, e não propriamente de um pressuposto para tal.

Como a tutela antecipada — finalisticamente — antecipa os efeitos do provimento jurisdicional, a assunção dos ônus e dos bônus é algo que, naturalmente, só ocorreria após a prolação de sentença de partilha que determinasse a integração do bem ao patrimônio do herdeiro *já usufrutuário*.

Ou seja, não é como se a determinação da sentença só pudesse ocorrer se o herdeiro, primeiro, assumisse os ônus e os bônus decorrentes do exercício dos direitos sobre o bem (assunção do ônus como um requisito para a determinação), mas, sim, é ela quem determina que o herdeiro assumira esse ônus (assunção do ônus como um efeito da determinação).

Não à toa que o parágrafo único do art. 647 expressamente prevê que a assunção ocorrerá *desde* o deferimento, *in verbis*: “cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos” (BRASIL, 2015). E a tutela sumária, nesse caso, antecipa os efeitos da sentença de partilha, de modo que a assunção dos ônus e dos bônus é uma decorrência de sua concessão, e não um pressuposto.

Portanto, pode-se dizer que os requisitos propriamente ditos para concessão da tutela provisória a que se refere o parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil *são a probabilidade/evidência* do direito, considerada em si mesma ou aliada à urgência do pleito e também a demonstração da realização de reserva de bens suficientes ou do pagamento de todas as dívidas do espólio, não havendo que se falar, de forma genérica, na necessidade de consenso ou ausência de litigiosidade entre os herdeiros.

CONCLUSÃO

O parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil prevê uma espécie diferenciada de tutela provisória no curso do inventário e partilha, que pode ser vista como uma hipótese específica de tutela de evidência, mas que também pode ser concedida com base em elementos característicos da tutela de urgência (perigo de dano e risco ao resultado útil do processo).

A pesquisa de julgados revelou que a aplicação da fruição antecipada ainda não é comum no âmbito judicial, seja na 1ª instância, seja na instância de apelação ou especial. Aparentemente, isso ocorre porque ainda não foram traçados limites bem definidos em relação à natureza jurídica da decisão que antecipa a fruição, bem como seu perfil funcional, seus requisitos e suas repercussões nos casos concretos sob inventário, tanto no plano material quanto no plano processual.

Como resultado teórico e aplicado, esta pesquisa elucida pontos controvertidos que circundam a tutela sumária compreendida do parágrafo único do art. 647, notadamente na definição dos pressupostos de sua aplicação e na desconstrução dos seus pseudorequisitos. Dessa maneira, a pesquisa oferece uma otimização da aplicação do instituto jurídico, na tentativa de promover soluções que assegurem maior eficiência à prestação jurisdicional e melhor sirvam ao direito material na medida das suas necessidades específicas.

As ações de inventário e partilha tendem a tramitar por anos no Judiciário, em razão dos conflitos entre herdeiros, da burocracia e, por vezes, da complexidade da partilha a ser realizada. Com a possibilidade de uma antecipação da fruição dos bens hereditários, garante-se o exercício da propriedade pelo herdeiro, sem que haja desuso do patrimônio, o que pode deteriorar a coisa ou fazê-la perder sua função social.

Outrossim, a concessão do usufruto torna autorizada a posse do herdeiro, o que evita futuras alegações de usucapião sobre o bem do acervo, uma possível causa de discórdia entre os herdeiros.

Enfim, a antecipação do usufruto de bens da quota do herdeiro revela o modo pelo qual o ordenamento jurídico material exerce influência sobre a esfera processual, esquematizando as técnicas jurisdicionais que se prestam a assegurar a efetividade do direito material na medida de suas necessidades especiais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 1.738.656-RJ**. Recorrente: JAMS. Relatora: Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, 3 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859977369/inteiro-teor-859977396>. Acesso em: 15 out. 2022.

- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp. n.º. 1.958.947/MG**, 4ª Turma. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 8 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1562198067/inteiro-teor-1562198232>. Acesso em: 15 out. 2022.
- BRITO, Anne Lacerda de. Análise do parágrafo único do artigo 647 do CPC/15: natureza jurídica e requisitos do usufruto antecipado de bens no inventário e partilha. *In*: BRITO, Anne Lacerda de (coord.). **Reflexões sobre o código de processo civil de 2015**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v.1.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- DIDIER JUNIOR Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GOIÁS. Tribunal de Justiça. **AI n.º. 01473760820168090000**, 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Sebastiao Luiz Fleury, 15 de setembro de 2016.
- LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.
- LUCCA, Rodrigo Ramina de. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MAZINI, Paulo Guilherme. **Tutela da evidência: perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo**. São Paulo: Almedina, 2020.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento n.º. 10000190967935001**. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Ângela de Lourdes Rodrigues, 13 de fevereiro de 2020.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento-Cv n.º. 1.0480.15.000424-4/003**. 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Adriano de Mesquita Carneiro, 25 outubro de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1114277117/inteiro-teor-1114277150>. Acesso em: 15 out. 2022.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São paulo, v. 36, n. 197, p. 27-66, jul. 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVARES, Ana Luiza Maia. As inovações do Código de Processo Civil no Direito das Sucessões. *In: CONGRESSO DE DIREITO DE FAMÍLIA: FAMÍLIAS NOSSAS DE CADA DIA*, 10., 2015, Belo Horizonte. Anais [...]. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 141-183.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **AI nº. 00369463420218190000**. Relator: Des. Alcides da Fonseca Neto, 14 out. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rj/1282885438/inteiro-teor-1282885448>. Acesso em: 15 out. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça – TJSP. **Agravo de Instrumento nº. 2175669-72.2019.8.26.0000**, 6ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Vito Guglielmi, julgado em 3 out. 2019a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça – TJSP. **Agravo de Instrumento nº. 2100934-68.2019.8.26.0000**, 5ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Fábio Podestá, julgado em 2 jul. 2019b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça – TJSP. **Agravo de Instrumento nº. 2177045-30.2018.8.26.0000**, 3ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Alexandre Marcondes, julgado em 29 jan. 2019c.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça – TJSP. **Agravo de Instrumento nº. 2143298-60.2016.8.26.0000**, 1ª Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Francisco Loureiro, julgado em 9 set. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça – TJSP. **Agravo de Instrumento nº. 70071350029**, Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 22 fev. 2017.

SILVA, Ricardo Alexandre da; LAMY, Eduardo. **Comentários ao código de processo civil: artigos 539 ao 673**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo de processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Como citar: SILVESTRE, Gilberto Fachetti; SIMÕES, Eduardo Figueiredo. A fruição antecipada de bens pelo herdeiro durante o inventário judicial: pontos controvertidos do parágrafo único do artigo 647 do Código de Processo Civil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 151-169, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p151-169. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 13/12/2022.

Aprovado em: 03/05/2023.

**REVISÃO CONTRATUAL NO CONTEXTO DA
PANDEMIA: ANÁLISE DA SIMBOLOGIA DA
LEGISLAÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO
TJERJ**

CONTRACTUAL REVIEW IN THE CONTEXT
OF THE PANDEMIC: ANALYSIS OF THE
SYMBOLY OF LEGISLATION IN THE LIGHT
OF THE DECISIONS OF TJERJ

Carlos Nelson Konder*

Como citar: KONDER, Carlos Nelson. Revisão contratual no contexto da pandemia: análise da simbologia da legislação à luz da jurisprudência do TJERJ. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 170-186, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p170-186. ISSN: 2178-8189.

*Doutor e mestre em Direito Civil (Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ/RJ).
Especialista em Direito Civil (Universidade de Camerino – UNICAM/ITALIA)
E-mail: c.konder@gmail.com
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8535-0218>

Resumo: O trabalho investiga o papel efetivo das Leis n. 13.874/2019 (“Lei de liberdade econômica” – LLE) e n. 14.010/2020 (“Regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado” – RJET) no que tange às normas restritivas de revisão judicial de contratos aplicáveis no contexto da pandemia. Por meio de método dedutivo, coteja-se o teor dessas iniciativas com a experiência jurídica consolidada no Brasil nesse tema e com avaliação qualitativa e quantitativa de decisões judiciais, de modo a avaliar a pertinência de reconduzi-las à categoria da chamada “legislação simbólica”, isto é, voltada a produzir efeitos mais no plano retórico-ideológico do que jurídico-normativo.

Palavras-chave: contrato; liberdade econômica; solidariedade; pandemia; legislação simbólica.

Abstract: The paper investigates the effective role of Laws n. 13.874/2019 (“Law of Economic Freedom” – LLE) and n. 14.010/2020 (“Emergency and transitional legal regime of legal relations of private law” - RJET) regarding restrictive rules for judicial review of contracts applicable during the pandemic. Through deductive method, the content of these initiatives is compared with the legal experience consolidated in Brazil in this theme and with qualitative and quantitative evaluation of judicial decisions, in order to evaluate the pertinence of considering them “symbolic legislation”, that is, aimed at producing effects more in the rhetorical-ideological field than legal-normative field.

Keywords: contract; economic freedom; solidarity; pandemic; symbolic legislation.

INTRODUÇÃO

Em junho de 2020 foi promulgada a lei que instituiu o “Regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado” – RJET (L. 14.010/2020), a determinar que não se consideram fatos imprevisíveis “o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário” (art. 7º). O teor do diploma, voltado a restringir as hipóteses de intervenção judicial nos contratos, se casa com o disposto na chamada “Lei de liberdade econômica” – LLE (L. 13.874/2019), oriunda da Medida Provisória 881, que inseriu um parágrafo único no art. 421 do Código Civil, segundo o qual “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” (BRASIL, 2002, 2019, 2020a).

A restrição, *a priori* e em abstrato, às hipóteses de intervenção judicial nos contratos, em particular à modalidade da revisão contratual, embora condizentes com discurso ideológico que guiava o poder executivo de então, parecem, todavia, contrastar com a experiência jurídica até então consolidada no ordenamento brasileiro. Em particular, parecem ter sido disposições de eficácia questionável diante do cenário pandêmico, no qual os significativos impactos econômicos da restrição à circulação de pessoas e bens acentuaram os desequilíbrios que até então davam ensejo a intervenções judiciais.

Diante disso, pretende-se cotejar as referidas iniciativas legislativas com o desenvolvimento científico da onerosidade excessiva entre nós, por meio de método dedutivo sobre pesquisa bibliográfica, e com a prática judicial, por meio de pesquisa quantitativa e qualitativa de amostragem de decisões judiciais no período de sua vigência. A partir dos resultados iniciais colhidos, será possível cogitar o possível enquadramento de tais diplomas sob o conceito de legislação simbólica.

1 O CONTEXTO LEGAL PRÉ-PANDÊMICO

O Código Civil de 1916 (CC1916), produto de contexto especialmente liberal, não previa a figura da onerosidade excessiva. Entretanto, a doutrina desenvolveu seus requisitos inspirada marcadamente pela influência da doutrina estrangeira.

Foram inspiradoras a teoria francesa da imprevisão, as teorias alemãs da pressuposição e da base do negócio e, especialmente, a doutrina italiana da onerosidade excessiva, contornos que foram incorporados e consolidados pela prática jurisprudencial (FONSECA, 1958; LIRA, 1985, p. 10-19; TEPEDINO, 1988, p. 73-83). Não obstante já restar positivada expressamente no âmbito da legislação especial, com destaque para a previsão, no Código de Defesa do Consumidor (CDC), do direito básico do consumidor à revisão contratual em razão de fatos supervenientes que tornem suas obrigações excessivamente onerosas, foi apenas com o Código Civil de 2002 (CC2002) que a onerosidade excessiva ganhou guarida geral no ordenamento brasileiro. Com efeito, somente no CC2002 o instituto foi incorporado com os elementos mais tradicionais das doutrinas europeias

da onerosidade excessiva e da teoria da imprevisão, enquanto o CDC permitia a revisão contratual em termos mais objetivos, prescindindo da imprevisibilidade (BARLETTA, 2002, p. 168; LÔBO, 2006, p. 196).

O CC2002 positivou a onerosidade excessiva nos artigos 478 a 480, prevendo seus requisitos nos moldes do direito italiano – “contratos de execução continuada ou diferida”, “prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa”, “extrema vantagem para a outra” e “em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” – e cominou por remédio a resolução do contrato. A influência dos modelos estrangeiros é reputada determinante nos termos da legislação nacional (DIAS, 2017, p. 21-50; FRANTZ, 2007; MARTINS-COSTA, 2003, p. 245). Nos termos do artigo 479, especificamente, quando presentes os requisitos caracterizadores da onerosidade excessiva, a manutenção do negócio somente seria cabível se a parte beneficiada se oferecesse para realizar modificação equitativa das condições do contrato.

A disciplina normativa trazida contrastava com a prática jurisprudencial já consolidada, tanto no que diz ao rigor dos requisitos – como a exigência de prova de extrema vantagem da contraparte – como no tocante ao remédio aplicável. Com efeito, a revisão judicial, reputada remédio mais invasivo à perspectiva clássica da autonomia negocial, parecia mais frequente e mesmo preferível de acordo com o princípio da conservação dos negócios (POTTER, 2009, p. 174). Entretanto, outro dispositivo originalmente projetado para tratar de atualização monetária serviu para acomodar a legislação à praxe consolidada: o artigo 317 do mesmo Código preconizava a possibilidade de, “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz *corrigi-lo*” (BRASIL, 2002, grifo nosso). Com base nesse dispositivo, em interpretação significativamente referida como “puxadinho hermenêutico” (SCHREIBER, 2018, p. 248), manteve-se o entendimento, de forma predominante, que, diante da onerosidade excessiva, a solução prioritária seria a revisão judicial, em lugar da resolução do contrato.¹

O problema da revisão contratual se aguçou, todavia, no contexto imediatamente anterior à pandemia, em virtude da ascensão de um esforço regressivo a um modelo liberalizante próprio do contexto histórico da promulgação do CC1916. As críticas a alguma arbitrariedade na intervenção jurisdicional nos contratos, em lugar de conduzirem a um esforço dogmático por precisar de forma mais clara os critérios de intervenção, deram lugar à mera reafirmação da força obrigatória dos contratos e do respeito à liberdade de contratar. Impulsionados pela polarização ideológica, os discursos anti-intervenção, por ocasião da reviravolta política no âmbito do poder executivo, acabaram por se transformar em normas.

Destaca-se nesse contexto, especialmente, a chamada “Lei de liberdade econômica”

¹ Nesse sentido, o enunciado n. 176 da III Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual” e o enunciado n. 367 da IV Jornada de Direito Civil – CEJ/CJF: “Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório”. Pela restrição da revisão às hipóteses de oferta do réu (MARINO, 2020, p. 120-123).

(LLE – L. 13.874/2019), oriunda da Medida Provisória 881, que buscou fazer grande variedade de modificações súbitas e não debatidas em institutos clássicos de direito civil. Objeto de diversas críticas por sua atecnia, entre as quais se destacou a incoerência de se buscar maior estabilidade econômica por meio de uma medida provisória e a contradição de se buscar maior previsibilidade das decisões por meio de enunciados normativos redigidos de forma bastante confusa e generalista (LEONARDO, 2019; LÔBO, 2019; TARTUCE, 2019; TEPEDINO, 2019), a MP foi significativamente modificada até ser aprovada como lei.

A Lei, em lugar de oferecer balizas para a atuação do intérprete, se limitou a incluir no CC2002 um “princípio de intervenção mínima” e a afirmar excepcionalidade da revisão contratual (artigo 421, parágrafo único). Observou-se na ocasião que, se estávamos diante não propriamente de um excesso quantitativo de intervenções, mas de incerteza sobre as hipóteses e formas disso ocorrer, isso justificaria que o legislador, em lugar de reiterar o respeito à liberdade das partes e a excepcionalidade da revisão, tivesse estabelecido os critérios sobre quando e como isso deve ocorrer (KONDER; COBBETT, 2021, p. 19). Nesse sentido, foi levantada na época a suspeita de inutilidade da modificação legislativa, já que não modificava os requisitos dos institutos que especificamente ensejam essas intervenções (SCHREIBER, [2019]).

Com a instalação da pandemia, o receio acerca da postura do Judiciário com relação aos contratos intensificou-se. Esperava-se, do legislador brasileiro, uma atuação rápida e efetiva, nos moldes do que ocorreu em diversos países da Europa. Entretanto, somente em junho de 2020 foi promulgada a lei que determinou o “Regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de Direito Privado” (L. 14.010/2020), com conteúdo bem mais tímido do que suas inspirações europeias. O RJET, no âmbito da revisão dos contratos, se limitava a prever que as hipóteses de força maior não terão efeitos retroativos (art. 6º) e que não se consideram fatos imprevisíveis “o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário” (art. 7º) (BRASIL, 2020a).

Diante desse panorama legislativo, em que se observam normas gerais de conteúdo menos técnico e mais ideológico, basicamente apelando aos magistrados que revisem menos os contratos, sem, contudo, oferecer critérios ou parâmetros para isso, vale investigar então se, efetivamente, esse “apelo” funcionou.

2 RESULTADOS DE PESQUISA DA JURISPRUDÊNCIA DO TJERJ DURANTE A PANDEMIA

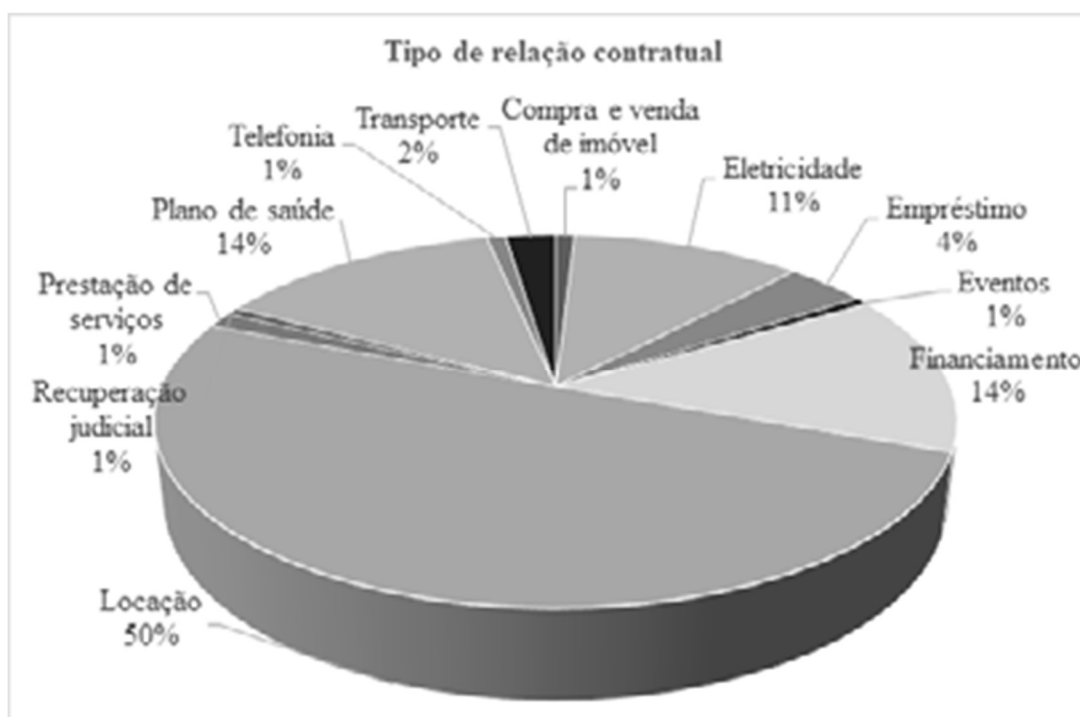
Para exame do efetivo impacto dessas transformações legislativas, realizou-se pesquisa jurisprudencial quantitativa e qualitativa, optando-se por um tribunal estadual em razão do volume mais significativo de julgados, tendo em vista que são poucos os recursos que alcançam tribunais superiores, como o Superior Tribunal de Justiça (STJ), e da restrita competência dos tribunais federais. Diante desses fatos que poderiam interferir com a representatividade das estatísticas,

escolheu-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ).

Tendo em vista a variedade terminológica envolvendo a superveniência de riscos à execução do contrato, que abrange “teoria da imprevisão”, “onerosidade excessiva”, “base objetiva”, bem como a confusão entre essas figuras e as hipóteses de caso fortuito e de força maior, optou-se por realizar pesquisa abrangente com os termos “contrato” e “pandemia”, para em seguida filtrar os resultados relevantes. A pesquisa com esses termos no sítio eletrônico do tribunal gerou 1210 decisões (274 apelações, 918 agravos de instrumento), 343 em 2020, 542 em 2021 e 325 em 2022 (julgadas até 10/08, data em que foi encerrada a pesquisa). Do total, 581 envolviam efetivamente julgados referentes à aplicação de força maior ou onerosidade excessiva.

O tipo de relação contratual em jogo foi equilibrado entre 281 referentes a relações de consumo e 285 no âmbito de relações empresariais e, com base em critério distintivo mais específico, foi possível observar a predominância de contratos de locação, seguidos (de longe), por contratos bancários (financiamentos e empréstimos), planos de saúde e fornecimento de energia elétrica, como destaca o gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Tipo de relação contratual

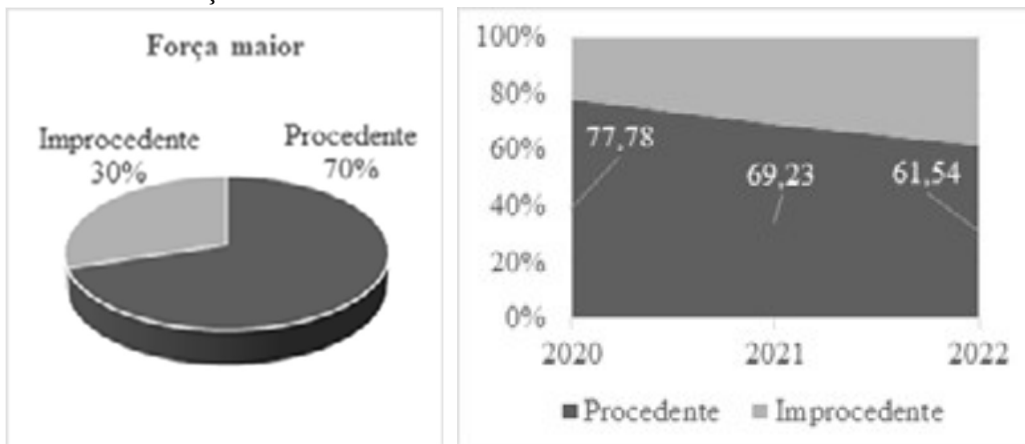


Fonte: Autor.

Os resultados das decisões, levando-se em conta os institutos invocados nas alegações e se os julgados reputaram procedentes ou não essas alegações, são realmente ilustrativos. As ações com alegações de força maior ou caso fortuito foram julgadas procedentes em 70% dos casos, número que foi caindo com o passar do tempo: enquanto no primeiro ano da pandemia o índice de procedência era de 77%, e passou para 69% em 2021 e alcançou em 2022 a marca de 61%, como se observa nos dois gráficos a seguir. Acredita-se que isso pode ser tributado à mudança das

situações de fato, já que no início as restrições eram mais rigorosas e havia maior incerteza, mas também à mudança na percepção do impacto efetivo da pandemia.

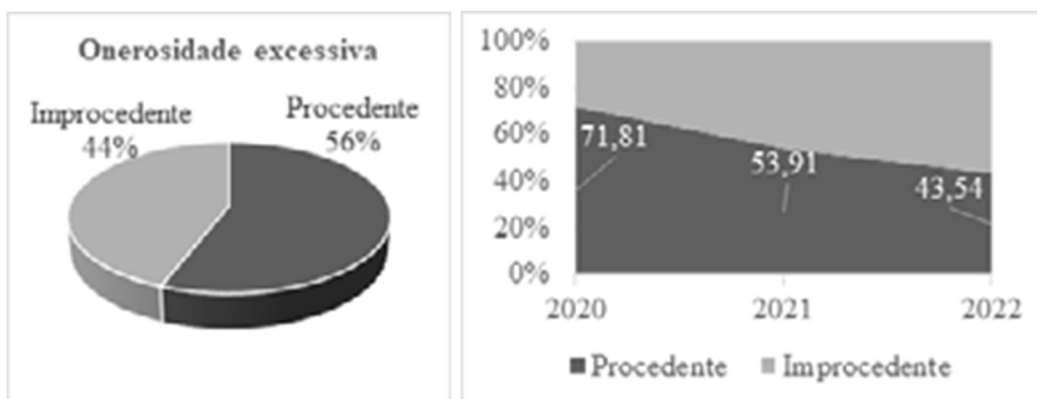
Gráfico 2 – Força maior



Fonte: Autor.

Com relação à onerosidade excessiva, a situação não é diferente: 56% das alegações foram julgadas procedentes. E, da mesma forma, ou melhor, de forma ainda mais radical, esse número foi caindo: de 71% no início, passou-se para 54% no ano de 2021 e em 2022 alcançou-se a marca de 43% de procedência. É o que se demonstra nos gráficos subsequentes:

Gráfico 3 – Onerosidade excessiva (1)



Fonte: Autor.

É curioso observar também que a diferença entre a intervenção nas relações de consumo e nas relações empresariais não é tão grande quanto se poderia pensar inicialmente. O discurso de significativa contraposição entre o direito do consumidor, bastante interventivo, e o das relações em que o legislador pretendeu afirmar uma presunção de paridade – materializado na presunção de paridade das relações empresariais, trazida pela LLE (CC, art. 421-A), e pela ressalva de não aplicação das normas de revisão do RJET às relações de consumo (art. 7º, §1º) –, se traduz em menos de 10% de diferença no acolhimento das alegações de onerosidade excessiva, como se

percebe nesse gráfico:

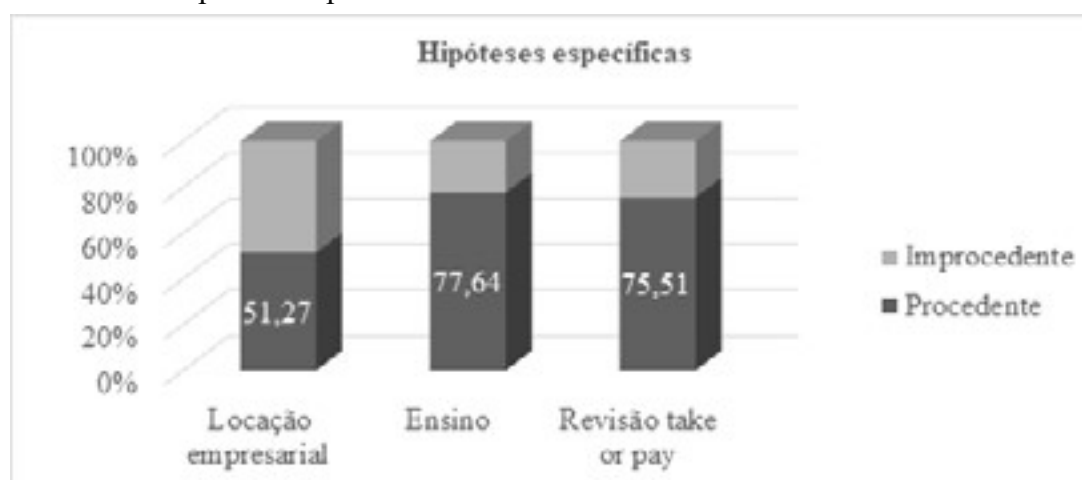
Gráfico 4 – Onerosidade excessiva (2)



Fonte: Autor.

Três situações específicas se destacaram como mais recorrentes no âmbito da pesquisa realizada: (i) locações empresariais, em razão de estabelecimentos que ficaram fechados ou com pouco acesso à clientela durante a pandemia; (ii) prestações de serviço de ensino, em virtude da passagem forçada à educação por via remota; (iii) e pleitos de revisão de cláusula de consumo mínimo (*take or pay*), típicas de contratos de fornecimento de energia elétrica, cujo valor de mercado caiu muito em razão da queda da demanda associada ao desaquecimento das atividades produtivas. Nas três se observa a predominância do acolhimento da revisão, como sobressai do gráfico a seguir:

Gráfico 5 – Hipóteses específicas

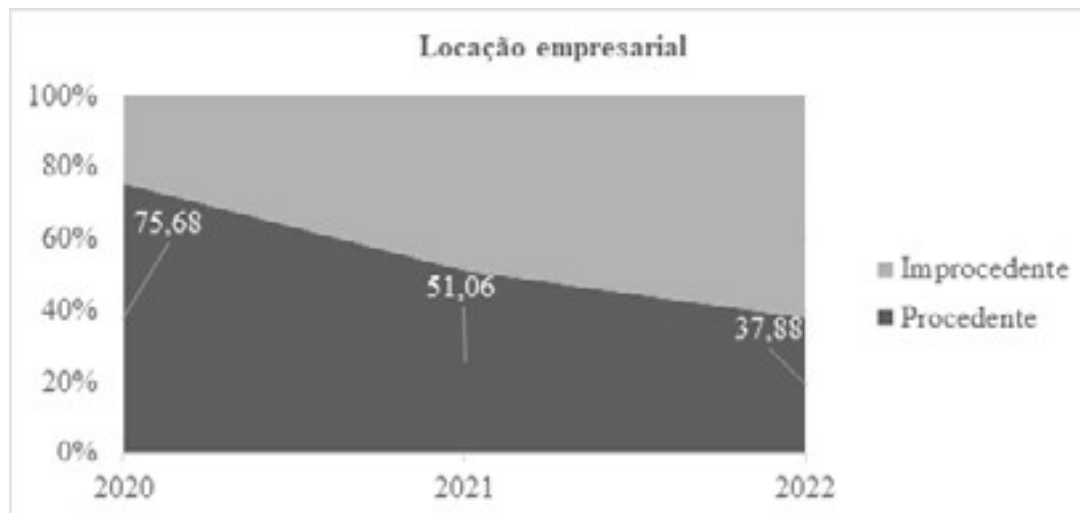


Fonte: Autor.

Analisando pela passagem do tempo, também se observa a tendência de diminuição de

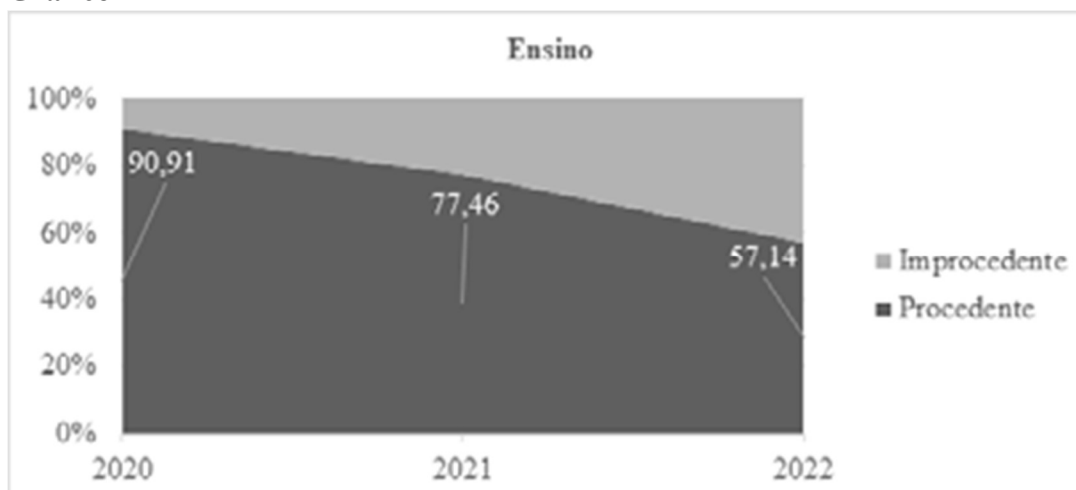
julgamentos favoráveis à revisão com o passar do tempo. No caso da locação empresarial, os julgamentos acolhendo a revisão passaram de 76% em 2020 para 38% este ano, conforme o gráfico que se segue:

Gráfico 6 – Locação empresarial



Fonte: Autor.

No caso do ensino, a evolução dos índices é incrementada pelo fato de, em 2020, ter sido celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre uma das principais instituições de ensino do Estado e a Defensoria Pública prevendo desconto de mensalidade, bem como a existência de uma Lei estadual (Lei Estadual n.º 8.864/2020) que determinava a redução das mensalidades, ambos invocados em diversas decisões. No período subsequente, todavia, foi declarada a inconstitucionalidade da referida lei (BRASIL, 2021a) – fato expressamente referido por diversos julgados – o que incentivou a redução do índice de decisões concedendo a revisão judicial pretendida, embora algumas ainda o fizessem com base na incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Diante disso, a proporção de decisões que acolhiam a revisão judicial partiu da impressionante marca de mais de 90% em 2020 para a marca, ainda majoritária, de 57% em 2022, como se observa do gráfico a seguir:

Gráfico 7 – Ensino

Fonte: Autor.

A trajetória mais curiosa é da revisão de contratos de compra e venda de energia elétrica com cláusula *take or pay*, em que o número de julgados de procedência subiu em vez de cair, como se percebe do gráfico a seguir. Parece que isso possa ser tributado a fatores conjunturais que interferem com a estatística, pelo fato de a maior parte desses litígios ser submetido a arbitragem, o que faz com que os casos judiciais sejam poucos, gerando, portanto, oscilações mais significativas. Ademais, são muitas vezes agravos em cautelares pré-arbitrais, o que gera um número maior de decisões provisórias, de modo a não haver decisões tomadas ao final da instrução processual para equilibrar a média final como nos demais casos.

Gráfico 8 – Revisão de cláusula *take or pay*

Fonte: Autor.

O último dado que pode ser compartilhado e que parece o mais relevante para os fins do cotejo pretendido é relativo ao que se pode passar a chamar de *mito da excepcionalidade da revisão*. No confronto entre o discurso legislativo com a prática jurisprudencial, é possível

perceber que, quando caracterizada a onerosidade excessiva, praticamente em todos os casos o remédio aplicado é a revisão do contrato. A resolução ocorreu em menos de 6% dos casos, como se percebe no próximo gráfico:

Gráfico 9 – Remédio aplicado



Fonte: Autor.

O que se optou por chamar de “conservação” se refere a hipóteses em que o credor pretendia a resolução do contrato, no mais das vezes com a apreensão de eventual bem financiado, e o devedor alega a onerosidade excessiva para manter o vínculo, ainda que inadimplente. Dessa forma, quando acolhida a alegação de onerosidade excessiva como defesa, a permissão da continuidade a despeito do atraso não deixa de ser uma forma de revisão do pactuado, de modo que a excepcionalidade realmente não se traduz na prática jurisprudencial.

3 CONVITE À ANÁLISE À LUZ DO CONCEITO DE LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA

Diante do confronto entre o discurso legislativo e a prática jurisprudencial no que tange à revisão contratual no contexto da pandemia, coloca-se em questão o real significado da legislação que afirmou a excepcionalidade da intervenção estatal. A ineficácia desses diplomas legislativos justifica refletir sobre a aplicabilidade, no caso, da categoria da chamada “legislação simbólica”.

O conceito de legislação simbólica, conforme desenvolvido por Gusfield (1967) e Kindermann (1988), ganhou difusão entre nós a partir da obra de Neves (2013, p. 31), que a caracteriza pela prevalência hipertrófica do sentido político sobre o aparente sentido normativo-jurídico: “A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou ‘político-ideológica’.”

Kindermann (1988, p. 222) destaca a dificuldade de identificar a origem do conceito de lei simbólica, atribuindo sua introdução na Alemanha a Edelman e Gusfield (1967), este último responsável por destacar a diferença entre função simbólica e função instrumental da lei.

Com efeito, Gusfield (1967, p. 228) destaca que os aspectos simbólicos da lei independem do seu cumprimento (*enforcement*), pois buscam afirmar o que deve ser considerado aceitável sob a perspectiva do interesse público. O autor dá o exemplo das leis que criminalizam de apostas, prostituição, aborto e, particularmente, embriaguez em público, as quais são violadas de forma sistemática e padronizada, mas que incorporam posições em conflitos entre grupos sociais como católicos e protestantes, rurais e urbanos, nativos e imigrantes, classe média e classes baixas (GUSFIELD, 1967, p. 229).

Adotando o modelo tricotômico de Kindermann (1988), Neves (2013) indica que a legislação simbólica pode se prestar a: (i) confirmar valores sociais, como nos exemplos da Lei Seca americana e das legislações sobre aborto e tratamento de estrangeiros, voltadas a diferenciar grupos sociais e respectivos valores e interesses, glorificando ou degradando grupo; (ii) criar álibis, como ocorre muitas vezes nas reformas do direito penal voltadas a aumentar o rigor contra escaladas de criminalidade, encenando a aparência de solução a problemas perante o eleitorado; (iii) formular compromissos dilatórios – expressão utilizada por Schmitt em relação à Constituição de Weimar – consistentes em equilibrar interesses de grupos progressistas, favoráveis à nova legislação, com o de grupos conservadores, cientes de sua inevitável ineficácia, adiando a efetiva solução do conflito (NEVES, 2013, p. 33-42).

A partir de sua difusão, a figura tem sido utilizada entre nós para tratar, por exemplo de legislação sobre feminicídio (CAVALCANTI, 2021, p. 596-618), aborto (OLIVEIRA, 2020), trabalho escravo (GOIS; CASTRO, 2016, p. 20-39), idoso (ARGÔLO, 2015) e acesso à informação (BITENCOURT; RECK, 2020, p. 31-54). Observa-se, de maneira geral, que a figura mais costumeiramente é invocada no que tange à efetivação de direitos fundamentais, na linha do que seu difusor preconizou em transposição ao debate constitucional.

Entretanto, vale refletir se o conceito é igualmente aplicável a disposições legislativas que se relacionem de forma mais indireta a direitos fundamentais, como é o caso da revisão contratual. Como destacado, a experiência jurídica consolidada autorizava a intervenção judicial por onerosidade excessiva antes mesmo de sua previsão geral no CC2002, tendo vindo a interpretá-la mitigando os rigores do legislador. Diante desse contexto, cabe refletir sobre o papel efetivo das disposições do RJET e da LLE que, em abstrato e de forma geral, excluía a intervenção do legislador por conta de aumento da inflação, variação cambial, desvalorização da moeda, e, especialmente, previram um princípio de “intervenção mínima” e afirmaram a “excepcionalidade da revisão”.

O contexto da pandemia enfraqueceu ainda mais qualquer perspectiva puramente individualista. O Judiciário superior invocou com significativa frequência o princípio da solidariedade para impor obrigações a cada indivíduo em nome da coletividade: a obrigatoriedade do uso de máscaras, a legitimidade das normas que distanciamiento social, quarentena e a adoção de vacinação compulsória (BRASIL, 2020b, 2020c, 2020d, 2020e, 2021b). Todas partem da premissa de que é possível exigir de cada um condutas necessárias à convivência de todos, em especial para a tutela daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, como os que se encontram em

grupos de risco. A liberdade individual em abstrato, nesses casos, cedeu para o estabelecimento de pressupostos materiais que sirvam a garantia que todos tenham condições efetivas de exercer sua própria liberdade. Nesse contexto, parece que as iniciativas legislativas voltadas a afirmar a liberdade econômica e restringir a intervenção judicial nos contratos, sem prover parâmetros mais concretos de sua atuação, destinava-se a papel essencialmente simbólico, no plano retórico-ideológico, e não para a efetivação jurídico-normativa.

Considerando, particularmente, que não houve qualquer iniciativa do legislador de, simultaneamente, modificar os requisitos para a intervenção, ou, ainda, os pressupostos para a revisão, parece improvável, *ab initio*, que tais alterações legislativas se voltassem a empreender qualquer efeito jurídico-normativo efetivo. Com efeito, foi destacado na ocasião que:

Dizer que a revisão é ‘excepcional e limitada’, sem alterar aqueles requisitos, não traz qualquer inovação no mundo do direito – como, aliás, não traria dizer que ‘não é excepcional’, que é ‘ilimitada’ ou que deve ocorrer ‘com frequência’ ou ‘em regra’. Ou se modificam os requisitos que atraem a revisão ou tudo permanece como era antes (SCHREIBER, 2020).

Por outro lado, tendo em vista inclusive que a LLE originalmente se chamaria “declaração de direitos de liberdade econômica”, é possível vislumbrar papel simbólico dessas disposições, no âmbito do discurso político-ideológico que permeava o contexto de sua proposição. Sob o modelo tricotômico, pode-se cogitar de qualquer dos três papéis: a afirmação de valores neoliberais, glorificando a liberdade econômica em contraposição a um modelo de Estado mais interventivo; (ii) criação de alibis perante o eleitorado, de modo a criar a aparência de que o Executivo estaria atuando para buscar restringir arbitrariedades do Judiciário, ainda que estas viessem a se revelar ineficazes; (iii) formular um compromisso dilatatório, de modo que a legislação de viés não intervencionista fosse aprovada ainda quando contraposta à resistência de outros grupos e mesmo à experiência jurídica consolidada, ciente de sua ineficácia no âmbito normativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos dados apresentados, ainda que seja precipitado tirar conclusões imediatamente sobre esses números, parece possível levantar algumas inferências. A primeira delas é que as modificações legislativas voltadas a desestimular as revisões contratuais como um todo foram pouco eficazes no que tange às relações contratuais atingidas pela Covid-19. Se normas gerais, despidas de parâmetros para sua aplicação, já costumam se limitar ao plano retórico, no contexto da pandemia, uma norma destinada a afirmar o respeito à liberdade econômica parece ter ficado ainda mais descolada da realidade em um contexto em que a intervenção do Judiciário nos contratos para buscar equilíbrio e justiça era especialmente esperada.

A análise da jurisprudência do TJERJ demonstrou que mais da metade dos pleitos foi

admitida a caracterização da onerosidade excessiva, restando esse número acima de 70% no primeiro ano da pandemia (2020). É especialmente ilustrativa nesse sentido a constatação do que se chamou de *mito da excepcionalidade da revisão*, no sentido de que, nos casos em que se identificou onerosidade excessiva, em menos de 6% dos casos ocorreu o remédio resolutivo: em todo o restante o negócio foi conservado, com sua revisão em mais de 90% dos casos.

O objetivo relevante de evitar atecnia e garantir previsibilidade, isonomia e segurança durante a pandemia se daria com muito mais efetividade se o legislador tivesse buscado oferecer parâmetros e critérios para guiar essa intervenção do intérprete, do que se limitar a afirmar sua excepcionalidade. O resultado aparente foi a significativa dissociação entre o discurso presente no direito legislado e a prática das decisões judiciais.

Nesse sentido, a impressão inicial que os dados apresentados, à luz das categorias utilizadas, é que a legislação contratual pandêmica voltou-se mais ao plano do discurso, retórico-ideológico, do que ao plano da efetividade do direito, jurídico-normativo. Essa constatação associa-se ao receio de que se estaria a submergir a teoria científica no discurso polarizador, em lugar de buscar, com rigor técnico, assegurar uma prática do direito mais rigorosa e eficaz.

REFERÊNCIAS

ARGÔLO, Diêgo Edington. **A legitimação da legislação simbólica no ordenamento jurídico brasileiro: o caso do estatuto do idoso**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BARLETTA, Fabiana. **A revisão contratual no Código civil e no Código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Os horizontes turvos do acesso à informação no Estado Democrático de Direito: uma legislação simbólica em uma cultura de sombreamento. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 31-54, maio/ago. 2020.

BRASIL. **Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 de dezembro de 2020b.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 669 MC**. Relator: Min. Roberto Barroso, 31 de março de 2020c.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 713**. Relator: Min. Rosa Weber, 18 de novembro de 2021a.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 714**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 31 de agosto de 2020d.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1267879**. Relator: Min. Roberto Barroso, 17 de dezembro de 2020e.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 7116**. Relator: Min. Roberto Barroso, 25 de novembro de 2021b.
- CAVALCANTI, Artur Cortez Bonifácio Rodrigo. Femicídio à luz da teoria racional-finalista de Roxin: concretização de direitos fundamentais ou legislação simbólica. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, v. 49, n. 1, p. 596-618, jan./jul. 2021.
- DIAS, Antonio Pedro Medeiros. **Revisão e resolução do contrato por onerosidade excessiva**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- FRANTZ, Laura Coradini. **Revisão dos contratos**: elementos para sua construção dogmática. São Paulo, Saraiva, 2007.
- GOIS, Marcio Cristiano De; CASTRO, Matheus Felipe De. Legislação simbólica e direitos fundamentais: a ineficácia do crime de exploração do trabalho escravo na legislação brasileira. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 20-39, jan./jun. 2016.
- GUSFIELD, Joseph R. Moral passage: the symbolic process in public designations of deviance. **Social Problems**, Detroit, v. 15, n. 2, p. 173-188, 1967.
- KINDERMANN, Harald. Symbolische Gesetzgebung. In: GRIMM, Dieter, MAIHOFER, Werner (org.). **Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik**: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988. v. 13, p. 222-245.
- KONDER, Carlos Nelson; COBBETT, Luccas Goldfarb. A função social do contrato após a Lei de Liberdade Econômica. **Revista Brasileira de Direito Contratual**, Porto Alegre, v. 7, p. 5-22, 2021.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. Como tomar decisões empresariais com a MP da “liberdade econômica”. **Conjur**, São Paulo, 10 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-10/direito-civil-atual-tomar-decisoes-empresariais-mp-liberdade-economica>. Acesso em: 15 maio 2023.
- LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 159, p. 10-19, 1985.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÔBO, Paulo. Inconstitucionalidades da MP da “liberdade econômica” e o Direito Civil. **Conjur**, São Paulo, 6 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-06/paulo-lobo-inconstitucionalidades-mp881-direito-civil>. Acesso em 15 maio 2023.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Revisão contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Lilian Castro de. **Legislação simbólica e (des)criminalização do aborto**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário FG, Guanambi, 2020.

POTTER, Nelly. **Revisão e resolução dos contratos no Código Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHREIBER, Anderson. Alterações da MP 881 ao Código Civil - Parte I. **JusBrasil**, [s.l.], [2019]. Disponível em: <http://cartaforense.com.br/conteudo/colunas/alteracoes-da-mp-881-ao-codigo-civil--parte-ii/18344>. Acesso em: 27 ago. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson. Princípios constitucionais versus liberdade econômica: a falsa encruzilhada do direito contratual brasileiro. **Migalhas**, [s. l.], 31 ago. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/332664/principios-constitucionais-versus-liberdade-economica--a-falsa-encruzilhada-do-direito-contratual-brasileiro>. Acesso em 15 mai. 2023.

TARTUCE, Flávio. A MP 881/19 (liberdade econômica) e as alterações do Código Civil. Primeira parte. **Migalhas**, [s. l.], 3 maio 2019. Disponível em <https://m.migalhas.com.br/depeso/301612/a-mp-88119-liberdade-economica-e-as-alteracoes-do-codigo-civil>. Acesso em: 15 maio. 2023.

TEPEDINO, Gustavo. A MP da liberdade econômica e o direito civil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 20, n. 2, p. 11-13, 2019.

TEPEDINO, Gustavo. A teoria da imprevisão e os contratos de financiamento firmados a época do chamado plano cruzado. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 84, n. 301, p. 73-83, jan./mar. 1988.

Como citar: KONDER, Carlos Nelson. Revisão contratual no contexto da pandemia: análise da simbologia da legislação à luz da jurisprudência do TJERJ. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 170-186, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p170-186. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 11/03/2023.

Aprovado em: 15/05/2023.

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS PARA CONFLITOS FUNDIÁRIOS URBANOS COMO FORMA DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

ALTERNATIVE SOLUTIONS FOR URBAN LAND CONFLICTS AS A WAY TO REALIZE THE SOCIAL RIGHT TO HOUSING

Erica Pinheiro de Albuquerque Leal*
Sandoval Alves da Silva**

Como citar: LEAL, Erica Pinheiro de Albuquerque; SILVA, Sandoval Alves da. Soluções alternativas para conflitos fundiários urbanos como forma de concretização do direito social à moradia. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 27, n. 2, p. 187-208, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p187-208. ISSN: 2178-8189.

*Doutoranda em Direito (Universidade Federal do Pará - UFPA/PR).

Mestre em Direito (Universidade Federal do Pará - UFPA/PR).

E-mail: ericaalbuquerqueleal@outlook.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5132-0827>.

**Doutor em Direito (Universidade Federal do Pará - UFPA/PR).

Mestre em Direito (Universidade Federal do Pará - UFPA/PR).

E-mail: sandovalalves8@gmail.com.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1795-2281>.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a análise de soluções alternativas de resolução de conflitos fundiários, partindo do questionamento se o atual sistema processual é suficiente para a resolubilidade e o propósito de assegurar o direito social à moradia. Nesse sentido, parte-se do estudo dos institutos processuais e das técnicas de negociação passíveis de aplicação nessa espécie de conflito, para que quando alcançada a resolubilidade possa ser alcançada e configurada a mudança de fatos sociais constitucionalmente reconhecidos como direitos sociais. Nesta seara, a atuação positiva do Estado, por intermédio dos seus agentes faz-se necessária e em casos de processos que ultrapassam a esfera individual, a tutela processual requer adequação a essa realidade. Trata-se de pesquisa qualitativa, de método dedutivo, com base exploratória e levantamento bibliográfico, para imprimir a cognição crítica às fontes analisadas.

Palavras-chave: soluções alternativas; conflito fundiário urbano; direito social; direito à moradia.

Abstract: The objective of this work is to analyze alternative solutions for resolving land conflicts, starting from the question whether the current procedural system is sufficient for resolution and the purpose of ensuring the social right to housing. In this sense, the starting point is the study of procedural institutes and negotiation techniques that can be used in conflict, so that when resolution is achieved, the change of social facts constitutionally

recognized as social rights can be achieved. In this area, the positive action of the State, through its agents, is necessary and in cases of processes that go beyond the individual sphere, procedural protection requires improvement in this reality. It is qualitative research, with a deductive method, with an exploratory base and bibliographical survey, to print critical cognition to the sources.

Keywords: alternative solutions; urban land conflict; social right; right to housing.

INTRODUÇÃO

A crise urbana de ocupação territorial na realidade brasileira não é recente e demonstrou-se significativamente com o acirramento das disparidades socioeconômicas frente às diversas formas de uso e do fracionamento do solo atrelado a expansão e a instalação dos núcleos urbanos informais. Tais desigualdades tiveram o efeito resultante na reprodução capitalista de modalidades assistenciais dessemelhantes as classes sociais, representando a escassez de acesso unificado do direito à moradia e ilustrando quadros de exclusão dos economicamente desfavorecidos.

Diante dessa realidade, a inquietação quanto às prerrogativas constitucionais de garantia e efetivação dos direitos sociais serão desveladas frente às disputas de reconhecimento dos espaços marginalizados, estruturados em construções irregulares, palco dos conflitos urbanos.

O direito à moradia, dentro desse grupo dos direitos sociais, categoriza como necessidade basilar do ser humano, contendo a habitação como indicador socioeconômico de aferição da qualidade de vida. Dentro dessa prerrogativa, a eliminação das desigualdades se sobrepõe ao tradicional conceito da propriedade, incorporando os fundamentos dos direitos humanos fundamentais no cerne do direito ambiental das cidades.

Em medida que a Constituição reconhece o acesso à moradia regular e o combate a marginalização com a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III e art.6º), os litígios instaurados nos centros urbanos quando mal administrados não alcançam o objetivo de pacificação, devendo o poder público empregar postura mais ativa na garantia do direito social previsto pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000.

Pelo contrário, apresentavam repercussões no gerenciamento dos procedimentos processuais, em vista das relações territoriais com o espaço urbano não se restringirem apenas ao solo, mas ao processo de interação social para ocupá-lo e integrá-lo. A compreensão desse tipo de conflito não apenas coletivo, mas também como um problema social é o pilar das possibilidades de resolução das lides processuais.

Diante disso, a carência de resolução satisfatória acarreta a vulnerabilidade dos atores sociais que vivenciam a realidade da insegurança e somada a omissão do Estado, com um quadro de inefetividade, demandando tutelas jurisdicionais apropriadas. Nesse ponto, a flexibilização dos procedimentos aplicados para os conflitos fundiários e a adição de meios alternativos de resolução das problemáticas é a proposta apresentada.

À vista de tal argumentação, a desburocratização estatal ante a consecução dos valores constitucionais e a possibilidade de reestruturação das organizações que realizam a aplicação das medidas alternativas de solução de conflito é uma das propostas do presente trabalho, sob ingerência da corrente jurídica do *Alternative Dispute Resolution* (ADR), acerca do caráter moral do direito.

O envolvimento é de interdependência entre a materialidade do solo, que também alberga a vontade humana, a forma de reprodução das relações sócias à das políticas e da gestão desse “território vivo” e da atuação do Estado no cumprimento das normativas constitucionais, no qual os interesses são geridos de forma estratégica para alcançar um fim de resolubilidade.

No que concerne à metodologia aplicada, o artigo contém abordagem qualitativa, com base descritiva e exploratória da temática, tendo sido utilizada a técnica de revisão bibliográfica para a elaboração do referencial teórico e dos resultados e discussões dispostos ao longo do trabalho.

1 CONFLITOS DE ORDEM FUNDIÁRIA E O ACESSO À JUSTIÇA

O ordenamento territorial e a formação socioespacial encontram a semântica fincada na materialidade das relações sociais, na ação dos indivíduos como principal dimensão da ocupação do solo. Dito de outra maneira, na dissertação da obra acerca da produção do espaço de Henry Lefebvre (2020, p. 276) o desenvolvimento do espaço territorial constitui como produto das interações humanas de reprodução e de produção, resguardando um suporte para que essas reverberem na interação com o território.

Dessa forma, repercute o reconhecimento do conceito de espaço social como detentor do espaço físico, cujo sujeito enquanto ator de uma vida social o transforma com a aplicação do trabalho. Isto é, a natureza abastece os indivíduos de recursos para o desenvolvimento da atividade produtiva, de modo a dinamizar o espaço social através das relações de reprodução, que são conhecidas pela natureza biológica; e as relações de produção e organização do labor, a composição do trabalho de forma hierarquizada (LEFEBVRE, 2020, p. 289).

Com efeito, o arranjo do espaço acaba por sucumbir aos elementos das práticas sociais reproduzidas pelos indivíduos, às representações empíricas do espaço e à posição de representação do território enquanto vivência dos sujeitos.

Nessa linha de raciocínio, o modo de produção de uma sociedade será determinante para a formação do espaço e para a posterior aplicação de um ordenamento territorial. Nesse diapasão, Milton Santos (1997, p. 51) versa que o espaço geográfico é aquele “formado por um conjunto indissociável, solidário e contraditório, de sistemas de objetos e sistemas de ações, não considerados isoladamente, mas como o quadro único no qual a história se dá”.

Sendo assim, a forma de apropriação do território é concomitante o resultado das interações sociais, constituindo “um conjunto de meios instrumentais e sociais, com os quais o homem realiza sua vida, produz e, ao mesmo tempo, cria espaço.” (SANTOS, 2002, p. 29). Dessa maneira, a compreensão da natureza do espaço associada à evolução das técnicas configura a possibilidade de união da intrínseca relação do indivíduo com o território e do indivíduo com ele mesmo, produzindo assim o espaço geográfico.

Esse espaço geográfico dentro de um processo de urbanização, com rápido crescimento e sem o adequado planejamento urbano, gera problemáticas sociais, econômicas e ambientais. A precariedade no acesso aos equipamentos públicos, à infraestrutura e aos serviços públicos revela-se em um processo de exclusão territorial. Nesse ponto, o urbanismo de risco tratado por Raquel Rolnik (2000) impõe as condições de precariedade aos seus cidadãos e os expõe às condições inadequadas de moradia, exacerbando as desigualdades e perpetuando a insegurança jurídica da posse.

A irregularidade da posse, sob o viés jurídico, gera a insegura e o desrespeito de direitos fundamentais pactuados sob a ordem constitucional, enquanto baliza de garantia de direitos sociais e alcance de um Estado Democrático de Direito. Entre esses está o direito à moradia (art. 5º CRFB/88), preceituado a partir de um compromisso firmado com as Nações na Assembleia Geral da ONU, de 10 de dezembro de 1948, instituído como inerente à dignidade humana, devendo ser assegurando à toda pessoa e sua família (Declaração Universal dos Direitos do Homem, art. XXV).

Apresenta-se a partir dele um conceito complexo, com possível interpretação em dois aspectos. Em primeiro lugar como direito de oposição às atuações e iniciativas arbitrárias que tentam lhe turbar e, em segundo lugar, enquanto direito a obter uma habitação adequada. Essa garantia fundamental dentro do cenário de inaccessibilidade formal à terra urbana gera conflitos e desafios para a administração pública e o poder judiciário, devido ao descompasso entre a realidade urbana e os institutos jurídicos utilizados para solução dos conflitos fundiários.

Desse modo, surge a categoria de conflitos fundiários como conflito social que expressa as relações entre interesses coletivos e interesses privados, precisando ser encarada além da perspectiva jurídico-legal, ampliando para o olhar humanitário do direito. É expressivo o envolvimento de famílias de baixa renda ou grupos sociais em situação de vulnerabilidade, que necessitam da atuação do Estado na garantia do direito humano à moradia devido a uma disputa pela posse que existe.

A partir desses aspectos, é que se pode compreender “os conflitos urbanos como todos os emaranhados de disputas advindos de uma construção desigual das cidades, com a distribuição de terras para moradia ocorrendo de forma negativa para as populações de baixa renda” (MAFRA; TROMBINI, 2017, p. 116). Especificamente a categoria de conflito fundiário foi apresentada diretamente pelo Ministério das Cidades, no art. 3º, I da Resolução recomendada nº 87 do Conselho das Cidades, de 8 de dezembro de 2009, nos seguintes termos:

Disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade.

Outrossim, embora haja várias legislações previstas no ordenamento pátrio quanto à efetivação de regularização fundiária em casos de conflitos fundiários que atingem as populações de baixa renda, em especial o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e a Lei da Reurb (Lei nº 13.465/2017), é preciso analisar se as soluções alternativas de pacificação social nos conflitos fundiários resguardam o acesso à justiça, evitando a violação de direitos fundamentais.

1.1 ORIGEM DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS NO MEIO URBANO

Na realidade brasileira, as raízes de reprodução das interações sociais no espaço geográfico são marcantes, principalmente pela trajetória histórica de colonialismo escravocrata, que enredou

na formação do primeiro tecido social subordinado à autoridade dos que concentravam renda e propriedade.

Conseqüentemente, a estrutura hierárquica dos ambientes políticos e sociais “reforçam também as posições e situações dos diferentes agentes sociais, na medida em que o uso contínuo desse espaço hierarquizado também é suficiente para produzir suas próprias hierarquias” (MELAZZO; GUIMARÃES, 2010, p. 25).

Destarte, a análise de ocupação territorial não deve se desvincular do estudo acerca da interação social, pois o elemento vivo de instauração das dissimetrias socioeconômicas está imbricado com a forma de se apropriar do solo, de modo que “há desigualdades sociais que são, em primeiro lugar, desigualdades territoriais, porque derivam do lugar onde cada qual se encontra” (SANTOS, 1988, p. 123).

Acerca disso, a análise de crescimento econômico nas metrópoles do Brasil representa a rede de relações sociais que impuseram aos cidadãos as problemáticas de pauperização nas relações de trabalho, revelando o desnivelamento da distribuição de renda, da forma de ocupação do solo.

A origem dessa desigualdade inicia-se com a intensificação do processo de industrialização em paralelo à valorização dos terrenos fabris e residenciais nos centros urbanos, que afugentaram as anteriores estruturas de vilas operárias. De modo que a questão da moradia para os trabalhadores passa a ser revolvida pelas relações econômicas do mercado imobiliário (KOWARICK, 1993, p. 101).

Frente à especulação imobiliária, os fluxos migratórios da classe trabalhadora foram se distanciando dos centros, carentes de infraestrutura e caracterizados pelas ocupações desordenadas do solo. Ao contrário do que deveria ter sido feito, o poder público só se mostrou atuante quando o desenho urbano já estava parcialmente formado e subjugado ao fluxo das ocupações dos particulares e da dinâmica valorização-especulação.

Dentro desse contexto, a força de trabalho sujeitava-se à fadiga desencadeada pela engrenagem econômica que não fora controlada pelo estado e sim facilitada mais uma vez pela especulação imobiliária no melhoramento da malha viária, que valorizava preços de terrenos de zonas específicas com processos de desapropriação realizados pelo estado (KOWARICK, 1993, p. 57).

Essa configuração espacial afastava ainda mais os grupos pobres das localidades valorizadas, em consequência das exigências impostas em relação as custas tributárias pelo poder público serem intangíveis para a parcela que constituía a mão-de-obra da futura metrópole.

E, é nesse cenário que as multinacionais entram para drenar de forma vertiginosa para o exterior os recursos investidos com as ideias do período repressivo de abertura econômica, devido a ausência de atuação firme no espaço político para preparar o ambiente econômico interno para essa exploração sem retorno de aplicação, comprovando os prospectos de Henri Lefebvre (2008, p. 47) de que as cidades estavam servindo de instrumento para o mercado, sacrificando o povo ao processo de espoliação urbana (KOWARICK, 1993, p. 58).

Tal movimentação filtrava os grupos sociais frente à ocupação de determinadas áreas, em que há o deslocamento das camadas mais pobres e desfavorecidas de poderio político para as localidades mais distantes do centro, instituindo o processo de gentrificação (MENDES, 2011, p. 473-479). Diante disso, as camadas populares não detinham os acessos aos serviços de consumo coletivo, pois o ordenamento territorial não era completo.

E, o Brasil reproduzia mais uma vez a figura da fragmentação urbana advinda do processo de globalização econômico e social, em que despontam os níveis de desigualdade social e planeja a ocupação do território ao bel prazer do capital (BAUMAN, 2010, p. 118). Portanto, a ausência de políticas sociais para ordenar a ocupação do território com visão intersetorial impulsionou o processo de encurtamento da dualidade espaço e tempo.

Para Harvey (2003, p. 939-941), o aumento da inserção do capital gera o crescimento direto do consumo e, conseqüentemente, da exploração dos trabalhadores. Esses que terão que ocupar e usufruir do território de forma diferenciada e muita das vezes precária, em detrimento da pauperização da força de trabalho. Logo, resta evidente que o território permeia e projeta as relações de poder que nele são disseminadas, constituindo espaços hierarquizados (MORAES, 2005, p. 215).

Desta forma, o filósofo e sociólogo francês assevera que a crise da cidade é mundial contudo, “as causas práticas e as razões ideológicas dessa crise variam segundo os regimes políticos, segundo as sociedades e mesmo segundo os países em questão” (LEFEBVRE, 2001, p. 74). Em vista disso, a questão socioeconômica nos territórios:

é o processo de reprodução do capital que indicará os modos de ocupação do espaço pela sociedade. [...] Ou seja, a acumulação capitalista é que determina a forma de produção e transformação do espaço construído. Formas de provisão de habitação, processos espaciais específicos como a suburbanização e metropolização de transformação do território que tendem a se estabilizar em ciclos históricos específicos tem sua lógica de transformação definida pelo regime de acumulação (COUTINHO, 2011, p. 101).

Assim, fica compreendido que as problemáticas não se restringem ao aspecto local, devido o processo de urbanização se refletir sobre a forma de reprodução do capital no espaço nacional. À vista disso, subsiste o empenho de estruturar um planejamento interseccional e integrado, que reflita em todos os âmbitos e esferas que são marcadas pela segregação social e pelo inaccessibilidade da população de baixa renda e não detentora de voz nas interfaces local, regional e nacional.

1.2 DA LITIGÂNCIA NOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS ACERCA DO DIREITO À MORADIA

A tradição de resolução de conflitos fundiários é pela via judicial, na qual os litigantes buscam o terceiro representante do poder judiciário – o juiz, para que ele reconheça e aplique sob o monopólio da jurisdição o que reconheça ser a solução mais viável ao objeto do processo.

Contudo, aliada à ida ao judiciário é normalmente instituído um quadro de violência com o esbulho da posse e subjugação a precariedade e vulnerabilidade dos grupos sociais que habitam nessas áreas irregulares nos centros urbanos. Essa atuação desmedida praticada por particulares, alinhados a uma ideologia da violência necessária, legítima e honrosa tende a apagar as culturas.

Nessa perspectiva, a resolubilidade das ações possessórias, como estudada em pesquisa empírica do ano de 2001 até o ano de 2014, demonstra que o Poder Judiciário não apresenta instrumentos procedimentais suficientes que equilibrem a heterogeneidade socioeconômica da demanda de acesso à propriedade em face da demanda de proprietários que compõem o polo ativo com poder aquisitivo avantajado, tal análise sob o aspecto da legalidade de reconhecimento do direito social (COSTA, 2016, p. 124).

Perante tal investigação, somente 34,37% das decisões interlocutórias e sentenças possuíam referência ao direito à moradia com status de direito fundamental dos direitos humanos (COSTA, 2016, p. 128). O restante dos atos ordinatórios restava sob a subjetividade do magistrado e pelo entendimento de como estava sendo exercida a posse de determinada comunidade subjugada a uma reintegração de posse de grandes áreas, como resultado também apontado na pesquisa realizada pelo Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça do Ministério da Justiça (BRASIL, 2013, s.p.):

Apesar da consolidação no ordenamento jurídico brasileiro do direito à moradia digna como uma garantia social, apesar dos princípios, diretrizes e regras emanadas do Estatuto da Cidade e das resoluções advindas do Conselho Nacional das Cidades, o Poder Judiciário, na maioria dos casos, privilegia a aplicação da legislação civil e processual civil para determinar a desocupação liminar e, por vezes, com uso de força policial das áreas submetidas a disputa.

Atrelada a esse levantamento, o trabalho da professora Giovanna Bonilha Milano (2017, p. 14) apresenta resultados complementares acerca da atuação do Poder Judiciário nos processos fundiários no âmbito urbano. Foram examinadas 311 decisões dos Tribunais de Justiça das regiões do Pará, Pernambuco, Distrito Federal, São Paulo e Rio Grande do Sul, entre os anos de 2014 e 2015, dos estados que possuem maior número de construções em núcleos urbanos informais ou aglomerados subnormais, de acordo com os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

A pesquisa apontou que apesar do reconhecimento perante o código de processo civil, no que concerne a impossibilidade de concessão de liminar sem que haja a realização de audiência de mediação entre os interessados nas ações de reintegração de posse, a percentagem expressiva de 67% apontava para a autorização do despejo em sede de liminar, sem que a escuta ativa dos réus fosse efetuada.

Sendo assim, o entendimento percebido pela pesquisadora foi de que os juízes reconheciam “a melhor posse é aquela que deriva do direito de propriedade, desvinculadamente de aferições focadas no uso ou na funcionalidade que o proprietário tenha ou não dado ao imóvel” (MILANO,

2017, p. 11). Ou seja, as alegações de desvio da finalidade da função social da propriedade eram afastadas em vista da discussão ser centralizada na seara possessória.

O privilégio dado às escrituras públicas e certidões de registro de imóveis muitas das vezes ultrapassam a destinação dada pelas comunidades que habitam por anos em assentamentos precários por não terem condições de se deslocarem para áreas com elevados valores imobiliários.

Desse modo, inicia aqui o questionamento quanto a necessidade do olhar institucional do poder judiciário quanto à questão da habitação e a priorização da cognição exauriente não violenta, em detrimento da cognição sumária (liminar) que não oportuniza o debate em torno dos direitos sociais que as partes carregam consigo.

É crível que muita das vezes está no pensamento dos interessados que a violência que provoca o sofrimento dos homens é o ato fundante da filosofia do litígio. Contudo, a recusa de toda legitimação da violência fundamenta o princípio da não-violência e ao justificar “o uso racional da violência”, as ortodoxias estão justificando os abusos dos extremismos (MULLER, 2007, p. 12).

As tradições que herdamos, por reservarem espaço à violência, não reservam espaço à não-violência. Entretanto, nessas mesmas tradições existem pilares sobre os quais é possível desenvolver a não-violência. Então, quando há conflito entre a exigência da consciência e a obrigação da ordem, o indivíduo deve romper com a autoridade e preservar sua autonomia, sua responsabilidade e sua liberdade de poder dialogar para a o alcance da solução mais assertiva.

Desse modo, em uma sociedade onde a violência impera e a persuasão é deixada de lado nas relações interpessoais e sistêmicas torna-se a antítese do poder, como assevera Hannah Arendt (1970, p. 6), pois essa pode conduzir como ameaça até contra si mesma. Perante tal análise, a pessoa é vista essencialmente como um ser de relação, podendo tornar-se livre com os outros. De modo que ele se torna livre quando consegue estabelecer com os outros relações de seres livres, isto é, relações isentas de toda e qualquer ameaça ou temor, de toda e qualquer dominação, submissão

Nas situações em que as relações de dominação-submissão prevalecem entre os homens, o reino da violência se estabelece e, por conseguinte, o poder político fracassa e não se vislumbra um cenário diferente quando se considera o contexto maior, em que se observa na verdade a acumulação exagerada de bens por alguns - e consequente privação do mínimo de bens para outros - que gera a própria selvageria.

Há, portanto, um nexos entre não-violência e justiça, na medida em que a justiça exige que cada um receba conforme sua necessidade, exige não a pobreza, mas a distribuição. Deve-se garantir a propriedade e, ao mesmo tempo, garantir que a resolução dos conflitos estabeleça relações de justiça entre os dois rivais, garantindo os direitos de cada um em relação ao objeto (MULLER, 2007, p. 150).

E qual seria o melhor projeto do que a abertura de espaços de diálogo e debate? Há contrariamente a ideia de que a universalidade não atinge todos os cidadãos e a minoria deles que possui poderio decisório, contudo instrumentos integrativos e dialógicos podem modificar essa lógica hierarquizada. Sendo assim, a participação pode até não ser direta, mas o direito de controlar o poder pelo povo deve ser, com a emissão de juízo de valor sobre os seus próprios direitos. E na

resolução de conflitos isso aparece de forma mais expressiva, principalmente quanto há inversão da lógica de verticalidade das decisões judiciais em conflitos complexos como os fundiários.

Nesse sentido, ante a crise na prestação jurisdicional do poder judiciário, os fundamentos na adoção dos meios alternativos são de extrema relevância. E, a primeira diretriz é centrada na ideologia de harmonia social e solução pacífica dos conflitos tida na constituição. Desse modo, a aspiração dos juizados de paz se converte na esperança dos eletivos meios de conciliação e mediação. Enquanto a segunda diretriz demonstra-se na adequação do método ao tipo de conflito, com vistas a diminuir o desgaste nas abordagens que não coadunam com o conflito preexistente (TARTUCE, 2015, p. 155-157).

Mas, para que possamos desvendar em equivalentes jurisdicionais para composição da lide é preciso analisar a natureza jurídica dos termos atribuídos. Diante disso, a terminologia concebida por Francesco Carnelutti (2016) revela que mesmo que os atos não tenham sido executados pelo interesse estatal de solução de conflito, eles são dotados de idoneidade em certas circunstâncias para alcançar o mesmo fim. O rol dessa figura seria composto, segundo o autor, pelo processo estrangeiro, processo eclesiástico, autocomposição e arbitragem. O mito da onipresença do estado se dilui na ideia de justiça inalcançada com a insuficiência das vias padrões de resolubilidade.

E qual seria o fomento que os estados podem dar aos meios alternativos de solução de conflito? Apesar da presente inafastabilidade do poder público, a coexistência com controle de um sistema pluriprocessual eficiente surtiria o efeito de complementariedade e de acesso aos indivíduos na universalização dos serviços de solução das controvérsias. Assim, a destinação de verba e a instituição de políticas públicas podia ser a saída através de esforços multifacetados para o alcance da harmonia social.

Contudo, é imprescindível o reconhecimento também das vantagens e desvantagens na adoção de cada meio. As vantagens de modo geral é a resolubilidade célere, confiável e aperfeiçoabilidade da justiça estatal em vista da diminuição do número de processos. Além da interação entre os partícipes para inspirá-los ao consenso espontâneo. Vale apontar que as desvantagens se relevam na privatização da justiça, na falta de controle nos procedimentos, na inacessibilidade a certos cidadãos e frustração quanto à confiabilidade das leis.

Dentro das prerrogativas já existentes de meios alternativos de conflitos, poderá ser analisado a forma como as legislações específicas puderam auxiliar em formas até mesmo extrajudiciais de resolubilidade das lides, possibilitando uma visão dialógica e não mais interinamente bélica.

2 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nesse sentido, os indivíduos que recorrem à violência como método para satisfazer suas paixões e seus desejos ou para defender os interesses particulares já abandonaram o lugar onde se elabora e efetiva o projeto político da comunidade à qual pertenciam. As ações já não se inserem

no espaço público que constitui a cidade política.

Será preciso ir até eles para combatê-los e neutralizar sua capacidade de violência. Essa luta é necessária para preservar a possibilidade de ação política da comunidade, mas não é constitutiva da ação política dos homens racionais. E para que seja inserida no âmbito processual com objetivo de sanar as formas violentas de resoluções de conflitos é necessário que os meios alternativos de resolução de conflitos possam ser apresentados como saída diversificada.

Nesse diapasão, a “legitimidade das soluções consensuais depende, indubitavelmente, da permeabilidade dessas negociações à participação dos grupos que podem ser atingidos e de especialistas no tema” (ARENHART, 2017, p. 16). Desse modo, entende-se que conflito é um elemento natural e inafastável do convívio humano e embora pareça algo negativo e determinista, constitui um elemento fundamental à construção de transformação.

Só há conflito em relações sociais em que haja interdependência, os envolvidos têm corresponsabilidade nas suas causas e detêm autonomia à construção participada da transformação promovida pelo conflito. Nossa sociedade hiperdinâmica requer a existência de um sistema jurídico e de métodos de resolução de controvérsias que sejam ágeis, atualizados e idôneos. No modelo tradicional de acesso à justiça, a busca da solução final se resume a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto impasses de outras naturezas (TARTUCE, 2015, p. 9-11).

A pesquisadora Mayara Siqueira de Carvalho (2021, p. 11-13) apresenta uns dos métodos - da Justiça Restaurativa, consistindo no modelo de justiça em que vítima, ofensor e outros membros afetados participam da resolução das situações decorrentes do delito com o auxílio de um facilitador da comunicação. A proposta é que os envolvidos possam reconhecer suas responsabilidades, buscando a melhor maneira de reparar os danos e atendendo às necessidades dos afetados.

Pela autotutela, o indivíduo soluciona o embate pelo destemor da própria valentia, atuando voluntariamente por si e com o fito de alcançar uma hierarquia e um local de destaque em relação ao cenário que almeja. Enquanto na autodefesa, os antagonistas deslindam o conflito pela imposição do interesse de um deles com o sacrifício do interesse do outro.

Quanto às soluções pacíficas, as partes podem, substituindo a força pela razão, adotar como modalidades: a) a solução “moral”, em que os antagonistas se conformam em limitar seu interesse, inclusive renunciando a ele; b) a solução contratual, em que ambos se entendem e convenciam a composição do conflito; c) a solução arbitral, em que as partes confiam a um terceiro a função de resolver a contenda (TARTUCE, 2015, p. 25-26).

Sendo assim, no âmbito das demandas coletivas o Código de Processo Civil forneceu a partir da normativa do art. 554, §1º, nos casos “em que figure no polo passivo grande número de pessoas serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local” (BRASIL, 2015), a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, para os que apresentam hipossuficiência econômica.

Atrelado a isso, há a previsão de que “no litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmada na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão de medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a

realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º (BRASIL, 2015), na qual poderá constar outros órgãos responsáveis pelas políticas de regularização urbana perante o ente federativo responsável.

Tal procedimento pode repensar a ótica da perspectiva global única de resolução de conflito, podendo marcar o pontapé da aplicabilidade da justiça comunitária, na qual há um modo de enxergar e compreender o mundo amparado no saber local. Esta reflete os pressupostos em que estão amparados e repercute não só nas formas como se entende os problemas, mas na habilidade de distingui-los e de transformá-los.

Nas justiças restaurativa e comunitária, o envolvimento nos processos deliberativos ou dialógicos é acompanhado da responsabilização pelas causas e execução das ações planejadas. Para que a justiça seja satisfatória sob o paradigma restaurativo e comunitário, deve ser centrada nos sujeitos. Esse elemento de humanização rompe com a supremacia da razoabilidade abstrata em detrimento dos modos de vida concretos.

O fazer justiça na, para e pela comunidade não é centrado na figura do Estado. O conflito é uma via para condução de grandes discussões públicas no cerne de assuntos e relações que costumam ser privadas (CARVALHO, 2019, p. 286-287). Desse modo, para Fernanda Tartuce, incumbe ao Poder Judiciário empreender os melhores esforços para pacificar com justiça, por intermédio dos meios “alternativos” como uma boa opção a colaborar para uma abordagem célere e eficiente das controvérsias no seio social (2015, p. 156)

O regente de conflitos deve ter cognição e percepção acerca de todos os canais existentes para a sua abordagem, levando em conta os prós e contras e analisando a pertinência no caso concreto. A escolha da via de solução da disputa não é arbitrária nem ocorre por acaso: ela guarda relação com o grau de legitimidade das instituições e com o grau de consciência dos direitos.

Atrelado a isso, os meios alternativos de solução de conflito possuem acepções para além da resolubilidade judicial. Contudo, a expressão de alternatividade já demonstra que o método tradicional não é centrado na “desprocessualização” das lides, e sim no mecanismo padrão da prestação estatal da tutela jurisdicional. E mesmo que o voluntarismo na “desformalização das controvérsias” não esteja totalmente apartado das amarras institucionais, ele muitas das vezes opera às sombras das intervenções judiciais.

2.1 FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA POR MEIO DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS

A título de exemplo desses meios diferenciados estão os processos de adjudicação, com a inserção de um terceiro (ombudsman) ou com aplicação do mecanismo misto, assegurando o acesso aos diversos meios mantendo a autonomia procedimental de cada um. Sendo assim, a disposição ao interessado é o mais elogiável, pois a disposição não enseja na obrigação de permanecer no procedimento, como no caso da cláusula de mediação nos contratos

Primeiramente, é ressaltada a devida importância da autonomia da vontade/autodeterminação como valor essencial para que o indivíduo decida os rumos da controvérsia e

protagonize a saída consensual do conflito, trazendo a voluntariedade como dever de respeitar os diferentes pontos de vista (FOLGER; BUSH, p. 85). Nesse diapasão, o indivíduo é visto como protagonista das decisões e digno de exercer sua autonomia, revelando a base do fundamento ético da dignidade humana e da liberdade individual.

Todavia, para que haja a manifestação da consensualidade de forma genuína é fundamental que haja comunicação e acesso a informação, com o fito de evolução moral e de aprimoramento da autonomia e empoderamento decisório (Resolução nº 125/2010 CNJ). Sendo assim, a decisão informada requer que o facilitador comunique ao jurisdicionado e o deixe ciente quanto aos seus direitos e o contexto fático no qual se insere (DIAS; GROENINGA, 2001, p. 60).

Revela-se, então, a indispensabilidade dos princípios da autonomia da vontade e da decisão informada para que não ocorra o comprometimento da mediação. E para a condução desse procedimento de resolução de conflito não se estabelece uma fórmula pré-ordenada, instituindo-se por meio de conversas entre as partes com a contribuição do terceiro imparcial. A informalidade permite o relaxamento e tranquilidade entre os envolvidos, sem olvidar do tecnicismo dos mediadores e conciliadores.

E, para que essa atuação tenha validade, a imparcialidade é inescusável. O indivíduo deve ser estranho aos interesses em questão e se houver, deve externalizar o envolvimento e se abster da mediação devido a ausência de atuação equânime entre os partícipes, sem que haja interferência no resultado. A busca será no consenso, na cooperação e não no incentivo da competitividade.

Perante tal escopo a negociação pode ser orientada pelas quatro diretrizes preconizadas pela Escola de Harvard: a) Divisão das pessoas dos seus problemas; b) Foco nos interesses e não nas posições; c) Propor alternativas de benefício recíproco; d) Persistência nos critérios objetivos para ponderação das opções criadas (TARTUCE, 2015, p. 206-211).

Nesse contexto, a boa-fé e a confiabilidade podem surtir efeito de respeito mútuo, de abertura e transparência. Portanto, resta claro que o terceiro facilitador também não pode divulgar e expor as informações apresentadas na sessão – art. 166, §2º, CPC.

Outrossim, o discernimento quanto ao nível da comunicabilidade e de poderio na comunicabilidade deve ser administrado pelo terceiro interessado, de modo que alcance pontos de comum interesse ou com o uso de outras técnicas. Uma delas é mobilizar seus meios de influência sem que haja como advogado ou assessor técnico do litigante mais fraco (HIGNTON DE NOLASCO; ALVAREZ, 2008, p. 418).

Mediação

A mediação conceitua-se como a abordagem consensual em que o terceiro imparcial age para auxiliar a comunicação entre os partícipes, revelando saídas alternativas que farão parte da decisão dos indivíduos. O ponto pé de reconhecimento no Brasil foi com a Resolução 125 do CNJ, com o novo CPC e com a Lei de Mediação, versando sobre as diretrizes éticas, os princípios, a atuação do mediador e aos meios como a atividade técnica deve ser exercida com vistas a que a lide

seja finalizada e convertida sem comprometer a relação interpessoal integralmente (TARTUCE, 2015, p. 173-176).

Tal forma de resolução não possui finalidade de acordo, e sim de satisfação dos interesses, das necessidades e convicções entre as partes envolvidas na lide. O formato é de incentivo, por meio de uma estratégia criativa, de resolução pelo diálogo cooperativo, solução em conjunto, “a mediação deve ser flexível, contemplando as necessidades e os tempos das partes para relacionar-se e poder chegar ou não a um acordo” (VEZZULLA, 1998, p.65).

Nesse caso, o terceiro atuará apenas como facilitador da resolução da controvérsia, auxiliando no reestabelecimento ou manutenção do diálogo entre as partes, para que se encaminhem à solução consensual acerca da matéria que gerou o conflito. Tal forma ganhou destaque com o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), editado pelo governo Federal através do Decreto nº 7.037 de dezembro de 2009, que inseriu políticas específicas destinadas à mediação de conflitos fundiários.

Esse plano previu o “Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência”, que versava na Diretriz 17 sobre a ““Promoção de sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo, para o conhecimento, a garantia e a defesa dos direitos”, em seu objetivo estratégico VI: “Acesso à Justiça no campo e na cidade”, previu as seguintes “ações programáticas”:

- a) Assegurar a criação de marco legal para a prevenção e mediação de conflitos fundiários urbanos, garantindo o devido processo legal e a função social da propriedade.
- b) Propor projeto de lei voltado a regulamentar o cumprimento de mandados de reintegração de posse ou correlatos, garantindo a observância do respeito aos Direitos Humanos.
- c) Promover o diálogo com o Poder Judiciário para a elaboração de procedimento para o enfrentamento de casos de conflitos fundiários coletivos urbanos e rurais.
- d) Propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação como ato inicial das demandas de conflitos agrários e urbanos, priorizando a realização de audiência coletiva com os envolvidos, com a presença do Ministério Público, do poder público local, órgãos públicos especializados e Polícia Militar, como medida preliminar à avaliação da concessão de medidas liminares, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos (BRASIL, 2009).

O PNDH3 foi revisto devido ao número expressivo de críticas e foi alterada a mediação como ato inicial prévio à concessão de medidas liminares e a prioridade de realização de audiência pública com a presença dos diferentes atores, como pode ser visto:

- d) Propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação nas demandas de conflitos coletivos agrários e urbanos, priorizando a oitiva do INCRA, institutos de terras estaduais, Ministério Público e outros órgãos públicos especializados, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos (BRASIL, 2010).

Associado a isso, no que diz respeito aos conflitos fundiários urbanos, de acordo com o

art. 3º, inciso III, da Resolução Recomendada nº 87/2009, do Conselho das Cidades, a mediação deve efetuar o envolvimento dialógico entre as partes afetadas, os órgãos públicos, as entidades da sociedade civil, direcionando à garantia à moradia digna e adequada, além de impedir a violação dos direitos fundamentais.

Após a aprovação da Lei nº 13.465/2017, houve o incentivo na resolução dos conflitos de forma extrajudicial, com reforço na consensualidade e cooperação entre o Estado e a sociedade, de modo que o art. 21 fortalece os meios alternativos para o alcance de processos decisórios mais participativos:

Artigo 21 - Na hipótese de apresentação de impugnação, poder ser adotado procedimento extrajudicial de composição de conflitos.

§ 3º -A mediação observará o disposto na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, facultando-se ao poder público promover a alteração do auto de demarcação urbanística ou adotar qualquer outra medida que possa afastar a oposição do proprietário ou dos confrontantes à regularização da área ocupada (BRASIL, 2017).

Essa iniciativa da mediação por via do diálogo pode deter papel transformador e emancipatório, resgatando direitos de participação ativa em locais normalmente de exclusão, como nos casos das áreas dos núcleos urbanos informais. Resguarda-se a categoria de cidadão à essas populações e sujeitos de sua própria história (GUSTIN, 2005). A visão multidisciplinar nesse âmbito é requerida e pode ampliar e tornar mais célere o alcance da solução, já de voltar a lide apenas ao aspecto jurídico pode engendrar

Conciliação

É importante que haja a diferenciação da conciliação da mediação, pois essa primeira detém a estratégia mais objetiva, sem relegar muito espaço para as subjetividades (ao passo que o mediador as explora). O mediador retira as partes da acomodação, mas lhes resguarda o poder de decidir e a autoridade da resolubilidade. Aqui, a conciliação é mais propositiva e apresenta possíveis soluções aos sujeitos envolvidos:

“O conciliador apazigua as questões sem se preocupar com a qualidade das questões, interfere se necessário nos conceitos e interpretações dos fatos com a utilização de aconselhamento legal ou de outras áreas”. (TAVARES, 2002 p.43)

No Brasil, essa técnica é utilizada no procedimento judicial, no qual as partes decidem por efetuar um acordo, com o auxílio de um terceiro (juiz ou conciliadores), atrelada ao litígio do poder judiciário, contudo, sem decisão imposta pelo juiz, fruto de um consenso orientado, conforme os dispositivos legais como o art. 3º, §3º e os arts. 165 e 175 do Código Processual Civil.

E, por meio do código civil, nos litígios possessórios coletivos o juiz deverá designar audiência não apenas de justificação, sem que (a) o esbulho houver ocorrido há mais de ano e dia quando do ajuizamento da ação de reintegração de posse, os chamados casos de “força velha” (art.

565, caput); (b) quando, tendo sido concedida a medida liminar, não houver sido executada no prazo de um ano, contado da data da distribuição da ação (art. 565, § 1º).

Implementa-se a partir dessa premissa o princípio da consensualidade na prática, que caracteriza o novo direito processual a partir do CPC de 2014, quando a audiência de conciliação assume o papel de tentar proteger o direito ao diálogo e da defesa da moradia.

Solução extrajudicial – regularização fundiária

As primeiras disposições foram apresentadas pela Lei de Parcelamento do Solo (Lei nº 6.766/1979), que possibilitou que os municípios efetuassem a regularização de loteamentos ou desmembramentos não autorizados ou executados em desconformidade com a legislação (art. 2º). Após a Constituição Federal de 1988, especificamente no capítulo sobre a política urbana, voltou-se à importância da concepção social concernente à propriedade e à cidade.

Atrelada a essa realidade apresentou-se o Estatuto da Cidade, regulamentado pela Lei nº 10.257/2001, com expressivos dispositivos, que possibilitavam a instrumentalização da regularização fundiária e o reconhecimento da posse exercida nos assentamentos precários.

Logo após, com o aumento das discussões sobre o direito de acesso à cidade e a moradia no ano de 2003, o Ministério das Cidades com a expectativa de unificar as políticas urbanas que eram pauta das lutas urbanas.

Contudo, vem a crise de 2009 e a expressiva manifestação de novos atores sociais dos movimentos e ações coletivas reivindicatórias de manter pugnar por expressiva diminuição das desigualdades do acesso a moradia seguida da implementação de uma política urbana de combate ao déficit habitacional como no caso do Programa “Minha casa, Minha vida” – Lei no 11.977/2009.

Os recursos viriam do Fundo de Arrecadamento Social e do Fundo de Desenvolvimento Social, mas com a forma de gestão com razão política neoliberal, alarmando e acirrando as contradições inerentes a relação da política pública com o fim que se propunha.

Atrelado ao déficit das políticas habitacionais, houve o agravamento político no ano de 2015 com o aceite do pedido de impeachment da ex-presidente Dilma. Esse cenário foi marcado pela crise política, social e econômica com famílias sendo despejadas, com inúmeras reintegrações e com despejos ocasionados pela incapacidade de quitar os aluguéis. Além de proprietários reproduzirem a lógica de manutenção de imóveis não destinados a função social (ROLNIK e al., 2017).

Após o abalo que a democracia sofreu foi apresentada a Medida Provisória nº 759/2016, tratando das principais mudanças normativas no âmbito da regularização fundiária rural e urbana que, após aprovação, foi convertida na Lei nº 13.465/2017. Tal normativa foi pauta de diversos embates, pois houve a alteração de marcos regulatórios, a imposição de procedimentos de mitigação de exigências e parâmetros urbanísticos.

Mas não há contestações quanto a possibilidade de solucionar as problemáticas normalmente judicializadas nos casos dos conflitos fundiários. O objetivo apresentado foi para

solucionar as problemáticas registrais do processo de urbanização que as cidades brasileiras enfrentaram e reconhecer que existem os chamados “aglomerados subnormais”, os quais, segundo IBGE (2010), correspondem ao fenômeno relacionado à forte especulação imobiliária e fundiária, decorrente do espraiamento territorial do tecido urbano.

Em vez do paternalismo estatal, o incentivo é na propagação dos procedimentos consensuais com participação do cidadão na administração da coisa pública e na administração da justiça, democratizando a dialética (WATANABE, 1988, p. 133).

A finalidade de todo esse percurso é de consecução da paz social, reconhecendo que não é um caminho simples devido abranger aspectos pessoais, antropológicos e psicológicos. Os impasses revelam reflexões internas e externas que não detêm a valoração apenas na obtenção de um acordo formalizado. Perante tal ideário, as técnicas prescindem de conhecimento sob o aspecto da comunicação, em destaque a diferença entre as linguagens binária e terciária.

O pensamento binário tem o terceiro excluído e o princípio da alternativa lógica complementando a contradição (conjunção “ou”), ao passo que o ternário inclui o terceiro na atividade comunicativa e amplia o espaço-tempo em que se situa o conflito gerando elementos e elevação das partes para a solução do conflito (conjunção “e”). É importante ressaltar que o judiciário funciona na diretriz binária, entre o ganhar e perder; e a realidade vige sob a característica multifacetada da ternária (ZAPPAROLLI; KRAHENBUHL, 2014, p. 170).

Posto isso, a apresentação dos métodos compositivos para as partes é o início da jornada de restabelecimento da comunicação, sem que haja necessidade de já adentrar no conflito e com conversa aberta e escuta ativa, permitindo que a pessoa perceba a importância que tem para aquela interlocução, com o uso de incentivos verbais (“fale mais”, “verdade?”) (TARTUCE, 2015, p. 231- 235).

Além de prestar atenção na interação entre as partes, o modo afirmativo com a apresentação dos pontos que as partes querem abordar, elevando com o uso de palavras positivas e finalizando de forma sintética tudo que foi discutido.

Quando às intervenções do terceiro imparcial, o uso do modo interrogativo apresenta-se como o melhor para explorar e detalhar as informações com perguntas sobre as particularidades que normalmente não seriam ditas espontaneamente. Destarte, a mescla nos diferentes modos de atuação por parte dos envolvidos não ocorre de forma linear, o uso de humor, da quebra do clima emocional e a flexibilização podem ser fortes aliados para a feitura de uma mediação proveitosa (CARAM; ELIBAUM; RISOLIA, 2006, p. 268).

A atuação é imparcial e propiciadora de momentos de diálogo para que os próprios interessados procurem, se quiserem, as soluções. Após a exposição e a identificação dos seus interesses inicia-se a fase da agenda, enumerando os pontos que serão trabalhados (até os latentes), iniciando pelo que for mais acertado aos métodos do mediador. No modelo transformativo, as partes escolherão o que querem tratar primeiro e na sequência vem a busca de soluções para incentivar à criatividade (ALMEIDA; PELAJO, 2012, p. 136).

Desse modo, a primeira fonte de aplicação dos métodos de solução alternativas é

apontada pela legitimidade democrática ratificada pelo povo na constituição escrita sob a soberania popular, mesmo que essa própria soberania possa alterar a lei e o seu pensamento. Ao passo que a segunda fonte tem a intenção de eliminar a anterior incoerência, apontando que a legitimidade da revisão judicial deriva das normas e valores constitucionais expressos por uma vontade coletiva constitucional (SILVA, 2016, p. 107).

Nesse cenário, a teoria do diálogo constitucional extraprocessual surge como uma das respostas a impugnação ao caráter contínuo da legitimidade democrática e da indeterminação do texto constitucional e da supremacia judicial. Logo, a participação de atores que ultrapassem essa supremacia judicial com o compartilhamento de responsabilidades de interpretar normas constitucionais com as instituições sociais, democráticas e eleitorais instituídas para a concretização dos direitos humanos é o objetivo.

A reação parlamentar ao diálogo pode evitar os extremos da supremacia judicial ou legislativa, enredando em uma democracia mais consciente e autocrítica, pois o perigo reside no ativismo legislativo e não no judicial. Desse modo, a teoria do diálogo possibilita o processo participativo em busca de respostas.

CONCLUSÃO

As proposições realizadas no presente trabalho tiveram como objetivo sugerir e convidar a refletir sobre novas formas de estruturar as diversas formas de resolução de controvérsia, revendo a reprodução das relações sociais na estruturação do ordenamento territorial e a influência procedimental na realidade socioeconômica de margem da população que foi subjugada na urbanização ou gentrificação dos centros urbanos.

Sem olvidar que os conflitos fundiários devem ser compreendidos dentro de um contexto histórico de formação das cidades, envolvendo atores sociais que estão lutando pelo direito social de acesso à moradia. O reconhecimento da complexidade desse conflito, principalmente quando envolve pessoas em situação de vulnerabilidade demonstra a necessidade de inserção de outros meios de solução de conflitos fundiários, diversas do processo judicial tradicional.

Essas conversas configuram o foco no restabelecimento da comunicação pautado nas iniciativas verbais por meio de questionamentos e afirmações para que os envolvidos possam alcançar saídas produtivas para os impasses, cada um com voz e escuta ativa para promover a compreensão do outro no âmbito do processo civil.

Tal reflexão se alinha ao debatido acerca das prerrogativas da Justiça Comunitária, em que o facilitador é tido como um igual, não apenas porque compõe aquela comunidade, mas também porque narra suas próprias histórias e vulnerabilidades. Somado ao exposto, as formas alternativas de resolução buscam o consenso, a cooperação e a não competitividade entre os participantes, propiciando um ambiente que possibilite o diálogo e a cooperação na busca do consenso

Nessa conjuntura, os desenhos institucionais são feitos pela alocação de faculdades em

diversos agentes, uns com poder de vetar e outros com poder de estatuir mudanças significativas na forma de buscar a solução. Sendo assim, a meta é o resultado positivo, que resguarde os interesses essenciais dos indivíduos: desde a feitura de um acordo até a forma de reintegração amigável com remanejamento das famílias atingidas para conjuntos habitacionais promovidos pelas políticas públicas de acesso à moradia.

Dessa maneira, busca-se a construção de uma ponte de ouro onde o outro possa atravessar e avançar no caminho da resolução positiva. E a retirada dos obstáculos talvez seja um dos maiores entraves, pois desde a preocupação de não ter a necessidade atendida até a influência de terceiros que possuem ingerência na aprovação ou não do acordo pode incorrer e decisões temporários danosas aos partícipes, danificando futuramente a resolução que deveria ser duradora (URY, 2007, p. 202-203).

Nessa linha de raciocínio, os olhos devem estar voltados à solução que atenda aos interesses essenciais, de respeitar o outro e não de redimi-lo. A legislação do Código de Processo Civil de 2015 possibilitou essa ótica ao incorporar o procedimento de mediação e nos conflitos possessórios coletivos, em que já houvesse a posse consolidada, permitindo assim uma via alternativa da postura clássica.

Igualmente, propôs o legislador a participação da audiência dos órgãos de políticas fundiárias urbanas da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, para analisarem em conjunto as possibilidades de regularização fundiária dos assentamentos urbanos informais, não prescindindo de soluções que busquem um acesso à justiça de forma dialógica e menos hierarquizada, com decisões de remoções coletivas compulsórias.

Dessa maneira, a abordagem dos interesses não satisfeitos resulta em um quadro equânime de ganhos. Os ritos decisórios não estão imunes das divergências e quando se discute o arranjo institucional da democracia, o conteúdo almejado das decisões coletivas não determinará o procedimento.

Erros são cometidos, mas a prevenção e aplicação de alternativas que efetivem os direitos sociais do regramento constitucional pode-se falar da proposta de um desenho institucional decisório, onde distribui-se poderes, moldam-se incentivos institucionais e criam-se canais de interlocução, podendo contribuir no diálogo entre intermediário e as partes.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah, *On Violence*, New York, Harcourt, Brace & World, Inc., 1970.

ARENHART, S. C. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista da Tribunal Regional da 1ª Região** Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109152>. Acesso em: 10 de mai. de 2023.

BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo nas cidades*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BRASIL. **Decreto Federal n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22.dez.2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm . Acesso em 15 de mai. de 2023.

BRASIL. **Decreto Federal n. 7.177, de 12 de maio de 2010**. Altera o Anexo do Decreto no 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13.maio.2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7177.htm . Acesso em 15 de mai. de 2023.

CARAM, Maria Elena; ELIBAUM, Diana Teresa; RISOLIA, Matilde. **Mediación: diseño de una práctica**. Buenos aires: Historica, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Cedam, 1936.

DE CARVALHO SIQUEIRA, Mayara. Justiça Restaurativa em Prática: A Experiência do Nacional em Contagem-MG. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS**, v. 16, n. 2, 2021. DOI: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.118764> . Acesso em: 10 de mai. de 2023.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Resgate dos direitos humanos em situações adversas de países periféricos. **Revista da Faculdade de Direito**, nº 47. Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/codem/Downloads/227-Texto%20do%20Artigo-415-1-10-20120808.pdf> . Acesso em: 16 de mai. de 2023.

ROCHA, Rafael de Acypreste Monteiro. **Ações de reintegração de posse contra o Movimento dos Trabalhadores Sem Teto**: dicotomia entre propriedade e direito à moradia. 2016. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26512/2016.03.D.20264> . Acesso em: 10 de mai. de 2023.

DIAS, Maria Berenice; GROENINGA, Giselle. A mediação no confronto entre direitos e deveres. **Revista do Advogado**, n. 62, 2001.

FOLGER, Joseph P.; BUSH, Robert A. Baruch. Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador. In: SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. (Orgs). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

HARVEY, David. The right to the city. **International journal of urban and regional research**, v. 27, n. 4, p. 939-941, 2003.

HIGNTON DE NOLASCO; Elena I. ALVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2ª Edição. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

- KOWARICK, Lúcio. **A espoliação urbana**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1993.
- LEFEBVRE, Henri. **La producción del espacio**. Madrid: Capitán Swing Libros, 2020.
- LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. São Paulo: Centauro, 2001.
- MAFRA, Matheus; TROMBINI, Maria Eugenia. **Diálogos sobre justiça e conflitos fundiários urbanos: caminhando da mediação para a efetivação dos direitos humanos**. Curitiba: Terra de Direitos, 2017.
- MELAZZO, E. S e GUIMARÃES, R. B. Ponto de partida: a desigualdade social e a definição da política urbana. In: MELAZZO, Everaldo Santos e GUIMARÃES, Raul Borges. **Exclusão social em cidades brasileiras**. São Paulo: Ed. Unesp, 2010.
- MENDES, Luís. Cidade pós-moderna, gentrificação e a produção social do espaço fragmentado. **Cadernos MetrÓpole.**, v. 13, n. 26, 2011. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402837821009> . Acesso em: 10 de mai. de 2023.
- MILANO, Giovanna Bonilha. Poder Judiciário e conflitos fundiários urbanos: molduras processuais da disputa. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 6, n. 2, 2017. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/639> . Acesso em 10 de maio de 2023.
- MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Resolução Recomendada n. 87, de 08 de dezembro de 2009**. Recomenda ao Ministério das Cidades instituir a Política Nacional de Prevenção e Mediação de Conflitos Fundiários Urbanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25. maio.2010. Disponível em: https://urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/resolucao_87_2009_concidades.pdf . Acesso em Acesso em 15 de maio de 2023.
- MORAES, Antonio Carlos Robert. Território e história no Brasil. São Paulo: Annablume, 2005.
- MULLER, Jean-Marie. O princípio da não-violência: uma trajetória filosófica. Tradução de Inês Polegato. **São Paulo: Palas Athenas**, 2007.
- ROLNIK, Raquel. **Exclusão Territorial e Violência: O caso do Estado de São Paulo**. Cadernos de Textos, Belo Horizonte, v. 2, 2000.
- ROLNIK, R.; LEITÃO, K.; COMARU, F. e LINS, R. D. (coords.). **Observatório de Remoções 2015- 2017: Relatório final de projeto**. São Paulo: FAUUSP, 2017.
- SALLES, Carlos Alberto de. **A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da Administração Pública**. Tese (Livre Docência) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Acesso em: 10 maio 2023.
- SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção**. São Paulo: Edusp, 2002.
- SANTOS, Milto. **Metamorfoses do espaço habitado**. São Paulo: Hucitec, 1997.
- SANTOS, Milto. **O espaço do cidadão**. São Paulo: Nobel, 1988.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação**. BH: Melhoramento, 2002.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática da mediação**. Curitiba: Juan Carlos Vezzulla, 1998.

ZAPPAROLLI, C. R.; KRAHENBUHL, M. C. Instrumentos não adjudicatórios de gestão de conflitos em meio ambiente. **Revista do Advogado**, v. 123, n. Ago, 2014.

Como citar: LEAL, Erica Pinheiro de Albuquerque; SILVA, Sandoval Alves da. Soluções alternativas para conflitos fundiários urbanos como forma de concretização do direito social à moradia. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 27, n. 2, p. 187-208, jul. 2023. DOI: 10.5433/2178-8189.2023v27n2p187-208. ISSN: 2178-8189.

Recebido em: 03/04/2023.

Aprovado em: 07/06/2023.

INSTRUÇÕES AOS AUTORES

INSTRUCTIONS FOR AUTHORS

SCIENTIA IURIS

A revista científica SCIENTIA IURIS, do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da UEL – Universidade Estadual de Londrina, tem o objetivo de publicar artigos científicos de autores de instituições de ensino ou pesquisa, nacionais ou estrangeiras.

1. Procedimentos para aceitação dos artigos: Os artigos enviados devem ser **inéditos**, isto é, não terem sido publicados em qualquer outro local. O procedimento adotado para aceitação definitiva será o seguinte:

- **Primeira etapa:** seleção dos artigos segundo critério de relevância e adequação às diretrizes editoriais.

- **Segunda etapa:** parecer de qualidade a ser elaborado por pareceristas “ad hoc”. A Comissão Editorial e os consultores científicos, por eles indicados, compõem o filtro de qualidade responsável por essa etapa. Os pareceres comportam três possibilidades:

- a. aceitação integral;

- b. aceitação com alterações;

- c. recusa integral.

1.1. Línguas: Serão aceitos trabalhos redigidos em português, inglês e espanhol. Trabalhos em outras línguas poderão ser aceitos, dependendo da consulta prévia ao Conselho Consultivo, sendo que neste caso deverá o resumo ser também em inglês (necessário o abstract em qualquer que seja a língua do artigo).

1.2. As opiniões e conceitos contidos nos artigos são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

2. Tipos de colaborações aceitas pela revista: serão aceitos trabalhos originais que se enquadrem na seguinte categoria:

2.1. Artigos científicos (mínimo de 15 laudas e preferencialmente até 25 laudas): deverão apresentar estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental deverão conter todas as informações necessárias que permitirão ao leitor repetir as experiências e/ou avaliar as conclusões do autor. As publicações de caráter científico deverão conter os seguintes tópicos: Título (Português e Inglês); Resumo; Palavras-chave; *Abstract*; *Key words*; Introdução; Desenvolvimento; Conclusão; Agradecimentos (quando necessários), e Referências.

2.1.1. Os artigos deverão conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. O(s) co-autor(es) devem possuir a titulação mínima de mestrando.

2.1.2. Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), serão publicados, aproximadamente, apenas 2 (dois) artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná por edição, os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

- **O número de vagas será delimitado conforme o cálculo da porcentagem de exogenia. De acordo com os critérios de classificação e reclassificação da CAPES – área do Direito, o cálculo da porcentagem de exogenia é realizado considerando o número total de autores por volume. Assim, para definir a quantidade de autores paranaenses, e conseqüentemente, o número de vagas por edição, é necessário considerar o número total de autores por número.**

2.1.3. É permitido até 3 (três) autores por artigo. Quanto aos artigos de autores vinculados a Instituições do Estado do Paraná, dar-se-á preferência aos artigos com até 2 (dois) autores,

em razão do grau de exogenia.

2.1.4. Na ocasião da publicação, os autores, preferencialmente, não deverão possuir publicações nos 3 (três) últimos números das revistas.

2.1.5. A temática dos artigos deverá estar inserida em uma das linhas de pesquisa do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (1- Relações negociais no Direito Privado; 2- Acesso à justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais; 3- Estado contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais).

2.2. Resenhas (mínimo de 1 lauda e máximo de 3 laudas).

3. Cadastro dos dados dos autores e do artigo no sistema:

Os autores deverão informar na ocasião do cadastro no sistema:

- Título do artigo em português;
- Resumo e palavras-chave;
- Área(s) e sub-área(s) do conhecimento;
- Nome completo de cada autor, seguido por afiliação institucional e ORCID;
- Indicação do endereço completo da preferência do autor, telefone e e-mail;
- Resumo da biografia;
- Se apropriado, parágrafo reconhecendo apoio financeiro, colaboração de colegas e técnicos, origem do trabalho (por exemplo: trabalho anteriormente apresentado em evento, derivado de tese ou dissertação, coleta de dados efetuada em instituição distinta daquela informada na afiliação, e outros fatos de divulgação eticamente necessária).

4. Forma de apresentação dos artigos:

4.1. A SCIENTIA IURIS adota as normas de documentação da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e a norma de apresentação tabular do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Os artigos devem ser digitados em editor de texto Word for Windows 7.0 ou posterior, em espaço 1,5, em fonte tipo Times New Roman, tamanho 12, não excedendo 80 caracteres por linha e o número de páginas apropriado à categoria em que o trabalho se insere, paginado desde a folha de rosto personalizada, a qual receberá número de página 1. A página deverá ser em formato A4, com formatação de margens superior e esquerda (3 cm) e inferior e direita (2 cm).

4.2. A apresentação dos trabalhos deve seguir a seguinte ordem:

4.2.1. Folha(s) **despersonalizada** contendo apenas:

- Título em português, não devendo exceder 15 palavras;
- Título em inglês, compatível com o título em português;
- **Resumo** (máximo de 200 palavras), redigido em parágrafo único, espaço simples e alinhamento justificado e **Palavras-chave** (mínimo 3 e máximo 5) para fins de indexação do trabalho. Devem ser escolhidas palavras que classifiquem o trabalho com precisão adequada, que permitam que ele seja recuperado junto com trabalhos semelhantes, e que possivelmente serão evocados por um pesquisador efetuando levantamento bibliográfico, devem ser grafadas com a primeira letra em maiúsculo e separadas por ponto e vírgula;
- **Abstract e Keywords**, em inglês, compatível com o texto em português. O **Abstract** deve obedecer às mesmas especificações para a versão em português, seguido de **Keywords**, compatíveis com as palavras-chave.

4.2.2. Texto propriamente dito.

- Em todas as categorias do trabalho, o texto deve ter uma organização de reconhecimento fácil, sinalizada por um sistema de títulos e subtítulos que reflitam esta organização.

• As **citações bibliográficas** devem ser feitas de acordo com as normas da ABNT (NBR 10520 – *Informação e Documentação - Citações em documentos – Apresentação/ Ago. 2002*), adotando-se o **sistema autor-data**. Ex.: Barcellos *et al.* (1977) encontram...

[...] posse *pro labore* ou posse-trabalho (NERY JÚNIOR; NERY, 2001).

[...] sem que essa prestação de serviços [...]” (HONRUBIA *et al.*, 1996, p. 224).

Segundo Canotilho (2000 *apud* ARAUJO, 2001, p. 82),...

– Quando vários trabalhos forem citados no mesmo parágrafo, os mesmos devem ser apresentados em ordem cronológica. Se houver mais de um trabalho do mesmo autor no mesmo ano, devem ser utilizadas letras para distingui-los. Exemplo: Diniz (2003a, 2003b). O critério para a escolha das letras a, b, c etc. de cada referência é o de ordem alfabética do nome dos artigos ou obras que aquele autor citou naquele mesmo ano.

– No caso de trabalho de até três autores, seus sobrenomes na citação devem vir separados por vírgula e pela palavra “e”. Exemplo: Cintra, Grinover e Dinamarco (2003).

– No caso de mais de três autores, indica-se apenas o primeiro, acrescentando-se a expressão *et al.* Exemplo: Barcellos *et al.* (1997) (BARCELLOS *et al.*, 1997)

– Na lista das Referências, cada trabalho referenciado deve ser separado do seguinte por 1 (um) espaço simples. A lista dos documentos pesquisados deve ser apresentada em ordem alfabética, não numerada, seguindo o sobrenome do autor principal, destacando em negrito o título do periódico (para artigos) ou o nome da obra (quando para capítulos de livro), como descrito no item Referências.

• As notas não bibliográficas devem ser colocadas no rodapé, utilizando-se de fonte tamanho 10, ordenadas por algarismos arábicos que deverão aparecer imediatamente após o segmento do texto ao qual se refere a nota.

Observação importante: siglas e abreviaturas devem ser evitadas, pois dificultam a leitura. Quando forem necessárias, as siglas ou as abreviaturas devem ser introduzidas entre parênteses, logo após ao emprego do referido termo na íntegra, quando do seu primeiro aparecimento no texto. Ex.: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Após a primeira menção no texto utilizar somente a sigla ou abreviatura. Todas as abreviaturas em tabelas ou ilustrações devem ser definidas em suas respectivas legendas.

4.2.3. Referências (NBR 6023 - *Informação e Documentação - Referências - Elaboração/ago. 2002*) Devem conter todos os dados necessários à identificação das obras, dispostas em ordem alfabética. Para distinguir trabalhos diferentes de mesma autoria, será levada em conta a ordem cronológica, segundo o ano da publicação. Se em um mesmo ano houve mais de um trabalho do(s) mesmo(s) autor(es), acrescentar uma letra ao ano (ex. 1999a; 1999b).

• Referências dos documentos consultados: Somente devem ser inseridas na lista de Referências os documentos efetivamente citados no artigo.

5. Direitos autorais:

5.1. Artigos publicados na SCIENTIA IURIS:

Os Autores que publicam nesta revista concordam a nossa Declaração de Direitos Autorais.

5.2. Reprodução parcial de outras publicações:

Artigos submetidos que contiverem partes de texto extraídas de outras publicações deverão obedecer aos limites especificados para garantir originalidade do trabalho submetido. Recomenda-se evitar a reprodução de tabelas e ilustrações extraídas de outras publicações. O artigo que contiver reprodução de uma ou mais tabelas e/ou ilustrações de outras publicações só será encaminhado para análise se vier acompanhado de permissão escrita do detentor do direito autoral do trabalho original para a reprodução especificada na SCIENTIA IURIS. A permissão deve ser endereçada ao autor do trabalho submetido. Em nenhuma circunstância a SCIENTIA IURIS e os autores dos

trabalhos publicados nesta revista repassarão direitos assim obtidos.

6. Artigos com pesquisas que contenham dados específicos de pessoas e/ou resultados de experiências com seres humanos deverão vir acompanhados com parecer autorizativo, emitido por um Comitê de Ética em Pesquisa (CEP). Os Comitês de Ética em Pesquisa (CEP) são colegiados interdisciplinares e independentes, com “múnos público”, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criados para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro dos padrões éticos (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP).

7. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

8. Sugerimos a leitura da obra “PEREIRA, Maurício Gomes. **Artigos científicos:** como redigir, publicar e avaliar. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014”.

9. Para orientação na elaboração e formatação do artigo, disponibilizamos este [template](#).

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

a) Os(as) autores(as) mantêm os direitos autorais e concedem à revista o direito de primeira publicação, sendo o trabalho simultaneamente licenciado sob a [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](#), permitido o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria do trabalho e publicação inicial nesta revista.

b) Os(as) autores(as) têm autorização para assumir contratos adicionais separadamente, para distribuição não-exclusiva da versão do trabalho publicada nesta revista (ex.: publicar em repositório institucional ou como capítulo de livro), com reconhecimento de autoria e publicação inicial nesta revista.

c) Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho em linha (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) após o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (Veja [O Efeito do Acesso Livre](#)).

d) Os(as) autores(as) dos trabalhos aprovados autorizam a revista a, após a publicação, ceder seu conteúdo para reprodução em indexadores de conteúdo, bibliotecas virtuais e similares.

e) Os(as) autores(as) assumem que os textos submetidos à publicação são de sua criação original, responsabilizando-se inteiramente por seu conteúdo em caso de eventual impugnação por parte de terceiros.

A revista se reserva o direito de efetuar, nos originais, alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua e a credibilidade do veículo. Respeitará, no entanto, o estilo de escrever dos autores. Alterações, correções ou sugestões de ordem conceitual serão encaminhadas aos autores, quando necessário. Nesses casos, os artigos, depois de adequados, deverão ser submetidos a nova apreciação. As provas finais não serão encaminhadas aos autores. Os trabalhos publicados passam a ser propriedade da revista, ficando sua reimpressão total ou parcial sujeita a autorização expressa da revista. Em todas as citações posteriores, deverá ser consignada a fonte original de publicação, no caso a Scientia Iuris. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços

prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros. Em relação a dados eventualmente submetidos ao cadastro de usuários em qualquer condição (autores, leitores, pareceristas, editores), garante a sua privacidade e seu uso exclusivamente acadêmico, em conformidade com o Art. 4º, inciso II, alínea “b”, da [Lei Geral de Proteção de Dados](#).

Nos artigos, entrevistas ou resenhas publicados, serão incluídos os dados pessoais dos autores, a saber: nome completo, filiação e última formação acadêmica, endereço de e-mail e ORCID.