

ISSN 2178-8189 (ELETRÔNICO)

SCIENTIA IURIS

v. 25 n. 3, nov. 2021

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



UNIVERSIDADE ESTADUAL
DE LONDRINA



REITOR

Prof. Dr. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfieri

Diretora de Pós-Graduação: Prof^a Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araújo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof^a. Dr^a. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. 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 E DOUTORADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Scientia Iuris : revista do curso de Mestrado e Doutorado 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. 25, N. 3 (nov 2021).
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. 25, n. 3, nov. 2021

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 / Editor

Tânia Lobo Muniz

Editor associado / Editora associada

Joice Duarte Gonçalves Bergamaschi

Titulares:

Cláudio Ladeira de Oliveira (Universidade Federal de Santa Catarina /SC) Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense/RJ)

Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana

Mackenzie/SP) 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)

Equipe Técnica:

Angela Maria Dalla Torre, Bruna Faria, Eduardo Bueno Rodrigues, Letícia Rodrigues e Silva, Mylena de Souza Santos, Tatiane Avelino Cardoso

CONSELHO CONSULTIVO / CONSULTIVE BOARD

DR. ALBINO GABRIEL TURBAY JUNIOR (UNIPAR-PR)	DR. JORGE SHIGUEMITSU FUJITA (FMU-SP)
DR. ANTÔNIO CARLOS EFING (PUC-PR)	DR. MARCO ANTÔNIO BARBOSA (FMU-SP)
DR. CRISTIANO GOMES DE BRITO (UFU-MG)	DRA. MARIA PRISCILA SOARES BERRO (UNIR-RO)
DR. DEILTON RIBEIRO BRASIL (UIT-MG)	DRA. PRISCILA TINELLI PINHEIRO (FDV-ES)
DRA. EDNA RAQUEL HOGEMANN (UNIRIO-RJ)	DR. RAFAEL SANTOS PINTO (UNISANTACRUZ-PR)
DR. ELCIO NACUR REZENDE (ESDHC-MG)	DR. RICARDO SOARES STERSI (UFSC-SC)
DR. ELOI MARTINS SENHORAS (UFRR-RR)	DR. SILVIO ROMERO BELTRÃO (UFPE-PE)
DR. FÁBIO RICARDO RODRIGUES BRASILINO (RHEMA-PR)	DR. THIAGO CAVERSAN ANTUNES (POSITIVO-PR)
DR. JAIR TEIXEIRA DOS REIS (UFES-ES)	DR. WILLIAM SANTOS FERREIRA (PUC-SP)
DR. JAYME BENVENUTO LIMA JÚNIOR (UPE-PE)	DR. WILSON ENGELMANN (UNISINOS-RS)
	DRA. HILDA ELEONORA VALLET (UBA-ARG)

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
DEVERES E RESPONSABILIDADES DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS E O BUSINESS JUDGMENT RULE NO BRASIL	10
DUTIES AND RESPONSIBILITIES OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANIES AND THE BUSINESS JUDGMENT RULE IN BRAZIL	
<i>Laura Soares Miranda dos Santos e Leonardo da Silva Sant'Anna</i>	
NORMATIVIDADE IMPERIAL, LAW SHOPPING E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: COMO FICAM OS DIREITOS HUMANOS!?	25
IMPERIAL NORMATIVITY, LAW SHOPPING AND TRANSNATIONAL COMPANIES: HOW ARE HUMAN RIGHTS!?	
<i>Fernando Hoffmam</i>	
A ERA DAS CRIPTOMOEDAS E O DIREITO SUCESSÓRIO: REFLEXOS NA (IN) TRANSMISSIBILIDADE DO PATRIMÔNIO	49
THE AGE OF CRYPTOCURRENCIES AND INHERITANCE LAW: REFLECTIONS ON THE (NON) TRANSFERABLE OF HERITAGE	
<i>Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa e Taisa Maria Macena de Lima e Maria Clara Souza Alencar</i>	
A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA OS CONTRATOS DE INVESTIMENTO NO BRASIL: VANTAGENS EM RELAÇÃO AO PROCEDIMENTO JUDICIAL.....	71
THE USE OF ARBITRATION FOR INVESTMENT CONTRACTS IN BRAZIL: ADVANTAGES OVER THE JUDICIAL PROCEDURE	
<i>Danilo Henrique Nunes e Carlos Eduardo Montes Netto e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira</i>	
MEDIAÇÃO EM CARTÓRIOS NA ITÁLIA E NO BRASIL	92
NOTARY PUBLIC MEDIATION IN ITALY E BRAZIL	
<i>Joao Garani e Eveline Denardi</i>	
A RESOLUÇÃO DO CONTRATO SOCIAL POR INADIMPLEMENTO NOS CONTRATOS COLIGADOS E O AFASTAMENTO DAS REGRAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA NOS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS DE LOTEAMENTO	109
TERMINATION OF ARTICLES OF ASSOCIATION FOR BREACH OF RELATED CONTRACTS AND DEPARTURE FROM THE RULES FOR WINDING UP LIMITED LIABILITY COMPANIES IN REAL ESTATE LAND LOT BUSINESS	
<i>Cristiano Gomes de Brito e Mateus Martins Da Silveira</i>	
A PROTEÇÃO DE DADOS CLÍNICOS DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: COMENTÁRIOS À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DOS REFERENCIAIS BIOÉTICOS.....	125
THE PROTECTION OF CLINICAL DATA DURING THE COVID-19 PANDEMIC: COMMENTS IN THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS AND BIOETHICAL REFERENCES	
<i>Juliana Carvalho Pavão e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador</i>	
ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À REDE SOCIAL ONLYFANS: UMA ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	141
LEGAL ASPECTS RELATED TO THE ONLYFANS SOCIAL MEDIA: AN APPROACH FROM THE PERSPECTIVE OF CONSUMER RELATIONS	
<i>Jonathan Barros Vita e Bruno Bastos de Oliveira e Ana Carolina Pazin Costa</i>	

REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: A CONTRIBUIÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS DELIBERATIVAS159
JUDICIAL REVIEW OF PUBLIC POLICIES AND DEMOCRATIC LEGITIMACY: THE CONTRIBUTION OF DELIBERATIVE PROCEDURAL TECHNIQUES

Marcos Nassar e Lídia Maria Ribas

A SUSTENTABILIDADE SOCIAL DAS PRÁTICAS COMERCIAIS-LABORAIS DA INDÚSTRIA TECNOLÓGICA DOS VIDEOGAMES A PARTIR DO DIREITO BRASILEIRO176
THE SOCIAL SUSTAINABILITY OF THE COMMERCIAL AND LABOR PRACTICES OF THE TECHNOLOGICAL INDUSTRY OF VIDEO GAMES FROM BRAZILIAN LAW

Felipe da Veiga Dias e Luis Paulo Bressan Pasinato

RESENHAS|REVIEWS192
COMPREENDER OS MECANISMOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO.....192

Adriano da Silva Ribeiro

CONTRATO DE NAMORO: AMOR LÍQUIDO E DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO, POR MARÍLIA PEDROSO XAVIER195

Beatriz Scherpinski Fernandes

INSTRUÇÕES AOS AUTORES.....198

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 divulga o Número 3 de seu 25º 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 continua sendo rigorosamente cumprido, de forma a manter o padrão de excelência de uma revista científica de relevância como a nossa.

O atual Volume, conta com duas resenhas: “Compreender os mecanismos de combate à corrupção”, de Fabiana Coelho Simões, por Adriano da Silva Ribeiro, e “Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo”, de Beatriz Scherpinski Fernandes, por Marília Pedroso Xavier”, e mais dez artigos, os quais versam sobre múltiplas áreas do direito, tais como: a) Deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas e o *business judgment rule* no Brasil, de Laura Soares Miranda dos Santos e Leonardo da Silva Sant’Anna; b) Normatividade imperial, *law shopping* e empresas transnacionais: como ficam os Direitos Humanos!?, de Fernando Hoffmam; c) A era das criptomoedas e o Direito Sucessório: reflexos na (in)transmissibilidade do patrimônio, de Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa, Taisa Maria Macena de Lima e Maria Clara Souza Alencar; d) A utilização da arbitragem para os contratos de investimento no Brasil: vantagens em relação ao procedimento judicial, de Danilo Henrique Nunes, Carlos Eduardo Montes Netto e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira; e) Mediação em cartórios na Itália e no Brasil, de João Garani e Eveline Denardi; f) A resolução do contrato

social por inadimplemento nos contratos coligados e o afastamento das regras de dissolução da sociedade limitada nos negócios imobiliários de loteamento, de Cristiano Gomes de Brito e Mateus Martins Da Silveira; g) A proteção de dados clínicos durante a pandemia da COVID-19: comentários à luz dos direitos da personalidade e dos referenciais bioéticos, de Juliana Carvalho Pavão e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador; h) Aspectos jurídicos relacionados à rede social *OnlyFans*: uma abordagem na perspectiva das relações de consumo, de Jonathan Barros Vita, Bruno Bastos de Oliveira e Ana Carolina Pazin Costa; i) Revisão judicial de políticas públicas e (i) legitimidade democrática: a contribuição de técnicas processuais deliberativas, de Marcos Nassar e Lídia Maria Ribas; j) A sustentabilidade social das práticas comerciais-laborais da indústria tecnológica dos *videogames* a partir do Direito brasileiro, de Felipe da Veiga Dias e Luis Paulo Bressan Correio.

Nesta última edição, que celebra os 25 anos de sua existência, 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.

Com a proximidade das festividades de final de ano, além da difusão do conhecimento, desejamos ainda a renovação da esperança em tempos melhores. Bons estudos e boas festas! É o que desejamos a todos os nossos Leitores, Autores, Avaliadores, Colaboradores e Assessoria Técnica. Muito Obrigada!

Uma excelente leitura a todos!

Conselho Editorial

DEVERES E RESPONSABILIDADES DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS E O BUSINESS JUDGMENT RULE NO BRASIL

DUTIES AND RESPONSIBILITIES OF DIRECTORS OF JOINT STOCK COMPANIES AND THE BUSINESS JUDGMENT RULE IN BRAZIL

Laura Soares Miranda dos Santos*
Leonardo da Silva Sant'Anna **

* Mestranda na Área de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
E-mail: laurasoaresm15@gmail.com

** Doutor em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
E-mail: lsantanna44@gmail.com

Como citar: SANTOS, Laura Soares Miranda; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas e o business judgment rule no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 10-24, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p10. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente estudo pretendeu examinar a concepção da técnica de julgamento alienígena denominada *Business Judgment Rule* e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. A análise partiu da observação de como a Lei nº6.404/1976 (LSA) define os direitos e responsabilidades dos administradores de uma sociedade anônima, seguida por uma breve revisão de literatura sobre o assunto, realizou-se então um estudo sobre os precedentes desta técnica de julgamento na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e, a partir disso, foi possível descrever, em linhas gerais, porém sem esgotar o assunto, como a CVM interpreta o art. 159, §6º da LSA.

Palavras-chave: Business Judgment Rule. Direito societário.

Abstract: This study aimed to examine the conception of the alien judgment technique called Business Judgment Rule and the possibility of its application in the Brazilian legal system. The analysis was based on the observation of how Law nº6.404/1976 (LSA) defines the rights and responsibilities of the administrators of a corporation, followed by a brief literature review on the subject, precedents of this judgment technique in the Brazilian Securities Commission (CVM) and, from this, it was possible to describe, in general, but without exhausting the subject, how the CVM interprets art. 159, §6 of the LSA.

Keywords: Business Judgment Rule. Corporate law.

INTRODUÇÃO

O estudo das sociedades anônimas é rico em nuances sobre a multiplicidade de aspectos inerentes a sua natureza. Esse trabalho propõe-se a abordar a temática das responsabilidades e deveres atribuídos pela lei aos administradores das companhias, pessoas físicas que são investidas e tomam posse em cargos gerenciais, a fim de dar voz a personalidade jurídica da pessoa jurídica que é a sociedade empresária.

Os administradores, por não poderem exercer livremente sua vontade pessoal, uma vez que apresentam a sociedade, precisam ser cautos ao manifestarem os atos negociais, observando as diretrizes legais, como os deveres de diligência, sigilo e lealdade¹, além de agirem de acordo com o conceito dos atos regulares de gestão.

De acordo com os autores Lamy Filho e Bulhões Pedreira, a importância da atuação dos administradores está diretamente ligada ao sucesso ou ao fracasso do exercício da atividade econômica da companhia:

Na estrutura da companhia, cabe uma referência especial aos órgãos da administração e às pessoas que os integram, que respondem pelo sucesso ou insucesso da empresa. Reunindo capitais de inúmeras procedências, e número ilimitado de acionistas, o problema da administração da companhia reveste sempre complexidade que não encontra solução em texto de lei ou de norma disciplinar, mas sim na eficiência dos que a exercem. (BULHÕES PEDREIRA; LAMY FILHO, 2017, p. 575)

Seu objetivo, ao agirem, deve ser sempre o interesse da companhia e jamais seus interesses pessoais. Ao operarem em um meio inerente ao risco, devem saber orientar-se a fim de se resguardarem não de más decisões que resultem prejuízo, mas sim, de decisões desinformadas, negligentes e descompromissadas que resultem em dano patrimonial à sociedade.

Para além desses aspectos, a análise de uma técnica de julgamento originária da jurisprudência norte americana, denominada de Business Judgment Rule, apresenta-se como um pressuposto de idoneidade nos atos negociais nos julgados cujo mérito destrincha a responsabilização dos tomadores de decisões negociais dentro do Common Law no Estados Unidos e a hesitação se há possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da interpretação da própria legislação societária

¹ Artigos 153 a 157 da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, 1976b).

nacional, sem olvidar o caráter positivista do sistema brasileiro são os aspectos que serão explorados visando a reflexão se é viável a utilização dessa técnica alienígena nas ações de responsabilidade e nos processos administrativos sancionadores julgados no Brasil.

A metodologia adotada é de revisão bibliográfica sobre o tema da responsabilização dos administradores de sociedades anônimas de acordo com a Lei brasileira de sociedades por ações e a aplicação da técnica de julgamento estrangeira denominada Business Judgment Rule no ordenamento jurídico brasileiro, além da exposição de casos concretos julgados pela Comissão de Valores Mobiliários, autarquia responsável pela fiscalização das atividades exercidas pelas companhias abertas², em 2018, que ratificam a aplicação da técnica jurisprudencial ao contexto brasileiro.

1 A ADMINISTRAÇÃO DAS COMPANHIAS

As sociedades anônimas, também chamadas de companhias, são definidas no artigo 1º da Lei 6.404/76, a Lei de Sociedades por Ações (LSA) e pelo artigo 44, II do Código Civil, como pessoa jurídica de direito privado com capital dividido em ações e cuja responsabilidade dos sócios será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas. É também o Código Civil que define a sociedade anônima como sociedade empresária, por ser uma sociedade por ações³.

Sendo, portanto, empresária a sociedade, seu objeto é o exercício de atividade econômica organizada para a circulação e produção de bens e serviços. Tal arranjo demanda uma organização própria, composta de agentes separados em suas atribuições a fim de permitir a vigência dessa estrutura.

A divisão, portanto, é feita entre órgãos, os chamados órgãos sociais. Os órgãos são centros de poderes funcionais, compostos de indivíduos, pessoas naturais, que foram investidos em seus cargos, a fim de manifestarem e formarem a vontade social, ou seja, a vontade da própria companhia, que, enquanto pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica, a partir da inscrição de seus atos constitutivos, requer quem exteriorize sua vontade por meio do fenômeno da apresentação.

A estruturação orgânica decorre da escolha da legislação e a cada órgão são atribuídas funções próprias e indelegáveis, sendo eles caracterizados de maneira hierárquica, Lamy Filho e Bulhões Pedreira salientam que “O poder hierárquico, próprio desse tipo de estrutura, é a capacidade de determinar e fiscalizar a ação ou comportamento dos ocupantes do órgão ou cargo subordinado” (BULHÕES PEDREIRA; LAMY FILHO, 2017, p. 564). De acordo com a LSA, são necessariamente imprescindíveis três órgãos, a Assembleia Geral, o Conselho Fiscal e a Diretoria, caso a companhia tenha previsto em seu estatuto social capital autorizado ou, se for companhia aberta ou de economia mista, também é obrigatório o Conselho de Administração.

O Conselho de Administração e a Diretoria são órgãos típicos de gestão, enquanto que a Assembleia Geral representa a reunião dos sócios, que definem, em conjunto, as diretrizes sociais

² Artigo 8º, Inciso III, da Lei nº 6.385/1976. (BRASIL, 1976a).

³ Artigo 982, Parágrafo Único, Código Civil (BRASIL, 2002).

que deverão ser implementadas pelos administradores, membros do Conselho ou da Diretoria. Por sua vez, o Conselho Fiscal possui função de fiscalizar os atos praticados pelos administradores e a função de opinar sobre os assuntos deliberados nas Assembleias.

São, portanto, os órgãos de administração que merecem destaque ao se estudar a responsabilidade e deveres dos administradores, uma vez que o campo de sua atuação é dentro desses órgãos, o professor Tavares Borba elucida que “Os órgãos administrativos são os que dão vida à sociedade, fazendo-a funcionar. São dois esses órgãos: o conselho de administração e a diretoria.” Como regra, as normas que regulam os deveres e responsabilidades dos administradores são aplicadas aos conselheiros e diretores⁴, visto que compõem os “órgãos executivos a que compete administrar os negócios sociais, realizando o objeto da sociedade dentro das normas traçadas pela assembleia” (MARTINS, 2017, p. 295).

O Conselho de Administração não é um órgão obrigatório em todas as espécies societárias, apenas nas companhias abertas, nas sociedades de economia mista e, naturalmente, nas sociedades de capital autorizado. Todavia, é possível a implementação desse órgão em qualquer sociedade, na finalidade de proporcionar maior eficiência, já que, ao lado da Diretoria, o Conselho de Administração terá funções diversas e ambos os órgãos trabalharão em harmonia na gerência da companhia.

Assim, o Conselho de Administração é identificado como um órgão colegiado, em que seus membros, os conselheiros, são indicados pela Assembleia Geral, órgão hierarquicamente superior, também colegiado, todavia composto pelos acionistas da companhia. As decisões do conselho de administração estão, majoritariamente, vinculadas à administração social, através da fixação das diretrizes negociais e a fiscalização dos diretores.

A Diretoria executiva, por sua vez, é um órgão de constituição obrigatória onde cada diretor possui atribuições próprias, podendo ou não existir a possibilidade de certas deliberações terem que ser realizadas em reuniões de diretoria, a critério do estatuto social. As ações individuais ou colegiadas dos membros da Diretoria são consideradas em matéria de responsabilização civil dos atos praticados em nome da sociedade, caso haja dano para a companhia.

A apresentação da companhia é concretizada por meio da pessoa física dos diretores, são eles portando que assinam os contratos celebrados em nome da pessoa jurídica, e são também os diretores que efetivamente praticam todos os atos necessários ao regular funcionamento da sociedade.

A relevância da gerência social influenciou a LSA a permitir a criação de outros modelos de órgãos⁵ a fim de rebuscar a administração da companhia, assim, é possível que o estatuto social autorize a criação de conselhos consultivos, para que estes possam embasar as deliberações dos administradores. Então, é possível, por exemplo, que em uma companhia cujo objeto social esteja vinculado a construção civil, haja a existência de um comitê de engenharia civil para opinar e fundamentar as decisões que cabem aos administradores, já em uma outra voltada ao mercado publicitário, um grupo de especialistas em marketing e propaganda pode ser convocado para

⁴ Artigo 145 da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, 1976b).

⁵ Artigo 160 da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, 1976b).

opinar em relação às decisões negociais dos diretores.

2 OS DEVERES E AS RESPONSABILIDADES

2.1 Os DEVERES

O comportamento dos administradores é norteado na Lei de Sociedades por Ações para guiar a atuação dos gestores em busca da melhor maneira de assumir riscos e enfrentar as adversidades do meio empresarial, uma vez que, aos administradores não é permitida uma atuação totalmente livre, estando eles vinculados ao interesse social da companhia. A maneira escolhida pela legislação é a fixação de padrões de comportamento acrescida da previsão de responsabilidades com a reparação civil nos casos de dano à pessoa jurídica.

Há, portanto, na lei a previsão de cláusulas gerais e também de cláusulas específicas que pautam os comportamentos que um gestor deve exercer ao se incumbir de sua função, a partir de sua nomeação, seja como membro da Diretoria Executiva, seja como membro do Conselho de Administração da sociedade. Enquanto o artigo 153 da LSA, que dispõe sobre o dever de diligência, determina que “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.” (BRASIL, 1976b), expondo uma orientação genérica, o §2, do artigo 154 apresenta vedações claras de comportamento ao ilustrar casos de desvio de poder.

Além das direções fornecidas pelos deveres legais, a conduta dos administradores apoia-se também no conceito de governança corporativa. A governança corporativa é um mecanismo utilizado para a difusão das técnicas de controle e transparência essenciais à atividade da administração. A companhia adere se quiser, porém, uma vez aderindo, está sujeita a ela. O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, o (IBGC), define governança corporativa da seguinte forma:

Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre os sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios básicos em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor econômico de longo prazo da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para a qualidade da gestão da organização, sua longevidade e o bem comum. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2020)

Em relação aos deveres do gestor descritos na legislação, tais são enumerados de forma minuciosa entre os artigos 153 a 157 da LSA. Caracterizando-se por serem deveres de natureza fiduciária, ou seja, que aludem à confiança entre a função exercida e a sociedade. O mais importante dos deveres listados é o dever de diligência, podendo os demais serem considerados desdobramentos

deste dever.

2.1.1 O DEVER DE DILIGÊNCIA

Conforme já mencionado, o artigo 153 da LSA dispõe que “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos próprios negócios”. (BRASIL, 1976b). Dessa premissa, extraem-se diversas considerações, como a possível crítica de que ao se cuidar de negócios de terceiros o zelo deveria ser maior do que o empregado ao próprio negócio. Porém, independente das críticas, a ponderação inicial é a de que o conceito de diligência foi feito de forma aberta, como sua própria intenção de cláusula geral demanda. A análise se houve ou não diligência no exercício da atuação é feita no caso concreto, onde são averiguadas variáveis como, o tipo de atividade exercida, os recursos que o gestor tinha ao seu dispor no momento que tomou aquela decisão, o momento e as circunstâncias da decisão e todas as particularidades inerentes à deliberação.

O dever de diligência é considerado o maior dos deveres, onde a obrigação do administrador é de meio e não de resultado, uma vez que o risco é inerente a atividade empresarial, sendo impossível afastá-lo. Assim é imprescindível a atuação atenta e precavida nas escolhas negociais.

O administrador é livre para decidir sobre a conveniência e oportunidade dos negócios sociais, podendo, naturalmente, ter sucesso ou não na sua decisão. De seu eventual erro ou insucesso na tomada de decisão não repercutirá qualquer responsabilidade, por quanto tenha decidido de maneira diligente, em boa-fé e naquilo que supôs ser o melhor interesse social. (BULHÕES PEDREIRA; LAMY FILHO, 2017)

A diligência enquanto dever legal possui cinco pilares que a sustentam, o dever de se informar, explorado pelo artigo 157, LSA; o dever de investigar; o dever de se qualificar; o dever de intervir e, por fim, a vigilância. Importante ressaltar que todas essas análises devem ser feitas pela ótica do procedimento e não do conteúdo da decisão, isso é sensível nas questões referentes aos conflitos de interesses.

Em suma, a decisão precisa ser informada, refletiva e desinteressada. Lembrando-se que o administrador defende os interesses da companhia, independente de quem o elegeu, se foi um acionista dentro do âmbito da Assembleia ou se foi trabalhador nos casos onde há essa possibilidade de escolha, Lamy Filho e Bulhões Pedreira lembram que:

A Lei 10.303/2001 criou a possibilidade de os empregados elegerem representantes para o Conselho de Administração independentemente de serem acionistas: o parágrafo único do artigo 140 dispõe que ‘o estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa em conjunto com as entidades sindicais que o representem. (BULHÕES PEDREIRA; LAMY FILHO, 2017, p. 752)

2.1.2 O DEVER DE LEALDADE E O DEVER DE SIGILO

A lealdade é o segundo dever em importância e, novamente, da mesma forma que a diligência, é exercida em relação à companhia e não aos sócios, ou a quem tenha indicado o administrador a seu cargo.

Previsto no artigo 155, LSA, a lealdade tem implícitos deveres negativos, guardar reserva a respeito de seus negócios, ou seja, da forma como eles se encontram e suas intenções a respeito deles, caracteriza o dever de sigilo. O administrador, portanto, deve servir a companhia e não se servir dela para seus objetivos pessoais ou de terceiros.

A legislação societária aqui traz vedações expressas que configuram atos de deslealdade, em que há negligência ou apropriação no aproveitamento de oportunidades pela companhia. Em relação ao sigilo, nas companhias abertas há vedação expressa contra condutas de insider trading⁶, por exemplo.

2.1.3 O DEVER DE INFORMAR

Este dever, privativo de administradores de companhias abertas, está previsto no artigo 157, LSA e expressa a necessidade de conhecimento e veracidade que os administradores devem prestar aos acionistas da sociedade que ingressarão.

Isso posto, o momento que essas informações deverão ser prestadas é o da assinatura do termo de posse, onde essas informações serão relevantes para se acompanhar a mudança da posição do administrador frente à companhia.

2.2 AS RESPONSABILIDADES

Na sequência dos deveres, a lei de sociedades anônimas dispõe sobre as responsabilidades dos administradores, nos parágrafos e caput do art. 158, LSA. A finalidade precípua da legislação societária ao manifestá-las não é a sanção, mas a reparação de danos. Razão pela qual, trata-se de um tema de responsabilidade civil, cujo foco encontra-se na recomposição patrimonial, isto é, o status quo antes.

A responsabilidade do administrador no direito societário pode ser resumida da seguinte forma: o prejudicado, a sociedade, o acionista ou terceiro, deve demonstrar a falta cometida pelo administrador, provando, inclusive, seu comportamento culposo ou doloso, ao agir dentro de suas atribuições e poderes ou ainda, na violação da lei ou estatuto social da companhia.

O administrador somente é preservado da responsabilização se tiver exercido os chamados atos regulares de gestão. É válido recordar que o administrador apresenta a sociedade, quer dizer, ele exterioriza a vontade social, de forma que, para terceiros, é a própria sociedade, em decorrência

⁶ Artigo 155, §1 a 4º da Lei nº 6.404/1976 (BRASIL, 1976b).

do reconhecimento de sua personalidade jurídica, que assume as obrigações e exerce seus direitos. Portanto, não é possível querer se responsabilizar pessoalmente um administrador que agiu dentro dos parâmetros do ato regular de gestão ao apresentar a sociedade. Caso algum terceiro se sinta prejudicado em razão de ato regular de gestão praticado por algum administrador, deve buscar responsabilizar a própria sociedade, pois, o administrador agiu em nome da pessoa jurídica, não cabendo, como já exposto, sua responsabilização pessoal, nesse caso.

No tocante ao aspecto do ato regular de gestão, sua definição não é precisa e demanda algumas ponderações. O comportamento dos administradores é pautado em padrões de conduta gerais e abstratos, de modo a evitar sua plena autonomia, com exceção de algumas vedações específicas previstas na lei conforme aqui exposto. A fim de se buscar delimitar essa expressão legal, a expressão oposta, qual seja, ato irregular de gestão, é analisada. O ato irregular de gestão é um conceito formado, da mesma forma, a partir, de sua definição legal, assim, a aferição da regularidade de determinado ato do gestor decorre da ofensa à lei ou ao estatuto social. Logo, havendo violação à lei ou ao estatuto por parte do administrador, há o pressuposto da irresponsabilidade.

No entanto, contrariamente, não basta esse limite, o gestor não pode agir livremente, evitando apenas ofender à lei ou o estatuto social. É de sua atribuição também, acatar aos, já vistos, deveres que a lei societária expõe, bem como, atualmente, a critérios determinados pelo conceito da, já vista, governança corporativa.

Assim sendo, diante do exposto sobre a responsabilidade, compete o estudo sobre as ações de responsabilidade apresentadas pela lei. É consagrado à companhia a ação social *ut universi* (LSA, art. 159, caput), que representa a ação da própria companhia contra os administradores. Tal decisão é fruto da soberania da Assembleia Geral, tratando-se de Assembleia Geral Ordinária, o assunto pode surgir ainda que não esteja previsto na ordem do dia, por outro lado, nas Assembleias Gerais Extraordinárias tal matéria deve estar prevista na ordem do dia ou então, desenrolar-se naturalmente em razão dos assuntos abordados naquela AGE.

De outra parte, a ação social *ut singuli* ocorre por intermédio dos acionistas, configurando uma hipótese de substituição processual, os sócios entram, em nome próprio, com a ação no interesse da companhia. É caso de substituição processual a fim de superar a inércia da sociedade ao deixar de propor a ação social *ut universi*.

A LSA dispõe de duas espécies de ação social *ut singuli*, respectivamente nos §§3º e 4º, do art. 159, LSA. O primeiro caso é a ação social *ut singuli* por substituição processual derivada, que permite ao sócio ser autor da ação tendo decorrido três meses da data da Assembleia Geral sem que a sociedade tenha proposto a ação. O outro caso é o da ação social *ut singuli* por substituição processual originária, onde os sócios que representem cinco por cento ao menos do capital social podem propô-la caso a Assembleia decida por não o fazer.

Há também a previsão da ação individual para o tratamento do dano patrimonial individual, seja de sócio ou terceiro prejudicado diretamente pela tomada de decisão irresponsável do gestor da sociedade, aqui é claramente desnecessária a deliberação em Assembleia. Cumpre esclarecer que o terceiro não precisa ser credor da sociedade e que como o dano precisa ser direto, e não

reflexo do dano causado à sociedade, sendo, portanto, rara sua aplicação na prática.

Resta presente, atualmente, o seguro de responsabilidade civil de administradores, conhecido como seguro D&O (Director's and Officers) como instrumento que busca conciliar a assunção de riscos e tomada de decisões, inerentes à atividade empresarial, com a proteção à sociedade, sócios e terceiros dos atos irresponsáveis de gestão. A contratação do seguro é usualmente celebrada pela companhia através de apólice coletiva em favor dos administradores, visando a proteção do patrimônio social na ocorrência de eventuais efeitos econômicos negativos frutos da irresponsabilidade gerencial.

3 O BUSINESS JUDGMENT RULE

Após analisados os deveres e responsabilidades alusivos aos administradores, compete o estudo de um instituto de origem norte americana denominado Business Judgment Rule e sua pertinência dentro do ordenamento jurídico brasileiro nos casos de responsabilização.

Essa é uma regra de origem jurisprudencial que surgiu quando os tribunais norte americanos passaram a recusar a análise do mérito das decisões negociais sob o argumento de que sua análise deveria limitar-se a verificação, diante das particularidades do caso apreciado, se a tomada de decisão ocorreu seguindo o procedimento orientado pela legislação, ou seja, de forma razoável e bem informada, porém sem julgar a deliberação em si, exceto, é claro, nos casos em que foi tomada em desacordo com as orientações e, portanto, de forma equivocada (BRIGAGÃO, 2017).

Em outras palavras, os juízes norte-americanos passaram a decidir sob a orientação de uma regra, formulada por eles mesmos, na qual ao serem examinados casos de responsabilização administrativa, os administradores estariam protegidos em seu âmbito pessoal, e, portanto, isentos da obrigação reparatória, caso tenham tomado a decisão que desencadeou o processo de reparação e responsabilização, imbuídos de boa-fé, de forma diligente e visando atender os interesses da sociedade que apresentavam.

Assim sendo, ao se utilizar essa regra, os administradores não são responsabilizados por prejuízos, mas sim por decisões desinformadas. Ao ser formulada e em sua aplicação, a regra detém a presunção de que os administradores sempre atuam diligentemente e no interesse da companhia ao exercer suas funções. Dessa forma, a proteção da regra compreende apenas decisões racionais, que não impliquem no desperdício de ativos da companhia. Por sua vez, não protege condutas fraudulentas, ilegais ou ultra vires.

A utilização dessa regra obrigou os julgadores a não mais verificarem os resultados decorrentes da decisão tomada pelos gestores, que se restringiam muito ao alcance do dano gerado, mas, de forma contrária, vinculou a análise da conduta do agente, buscando-se evidências de comportamentos negligentes e desassociados de sua função.

A Business Judgment Rule é, desta maneira, sintetizada em cinco características: (i) a

ocorrência de uma decisão negocial; (ii) o desinteresse e independência na tomada dessa decisão; (iii) a diligência; (iv) a boa-fé e, por fim, (v) a inexistência de abuso. Decisões, portanto, informadas, refletidas e desinteressadas são prezadas por esta regra.

Vale ressaltar que a regra não dita padrões de comportamento, é apenas uma forma dos julgadores se absterem na análise da questão dos resultados durante o processo decisório no órgão regulador do mercado.

3.1 A BUSINESS JUDGMENT RULE NO DIREITO BRASILEIRO

A aplicação da Business Judgment Rule no direito brasileiro é recente e apoia-se no art. 159, §6º, LSA que diz “O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.”. A forma como a Comissão de Valores Mobiliários emprega essa regra será explorado a partir deste ponto.

O entendimento de que a regra norte-americana se encontra presente na legislação societária brasileira é defendida por doutrinadores como Nelson Eizirik, quando afirma:

O artigo 159, §6º, inequivocamente consagrou a business judgment rule ao proteger o administrador quando se constatar que agiu de boa-fé e visando a atingir os melhores interesses da companhia. A regra, tal como interpretada, permite ao aplicador da lei, seja na esfera judicial, seja na esfera administrativa, dar maior concretude ao standard do dever de diligência, uma vez que possibilita a sua aferição diante de casos concretos. (EIZIRIK, 2011)

No entanto, há também quem defenda que tal dispositivo legal não recepção a regra, pois não abrange todos os seus cinco elementos, apenas a boa-fé e o interesse da companhia, conforme o entendimento de Pedro Henrique Brigagão:

No Brasil, os estudiosos da business judgment rule, em sua maioria, defendem ter sido a regra recepcionada pelo art. 159, § 6.º, da Lei 6.404/1976 (a Lei das S.A.), segundo o qual “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”. Contudo, são significativas as incompatibilidades entre o texto do § 6.º e os elementos e características da regra norte-americana. Tanto a análise comparativa teórica quanto o estudo da prática, refletida no julgamento de casos concretos, demonstram que aquele dispositivo da Lei das S.A. em muito se diferencia da business judgment rule. Assim, afirmar que este instituto foi recepcionado por um texto com ele conflitante pode fazer com que sua aplicação sofra distorções e o afaste de seu objetivo basilar: proteger administradores que tomam decisões negociais de maneira informada, de boa-fé e no interesse da companhia. (BRIGAGÃO, 2016)

Ao se comentar a exclusão judicial de responsabilidade, há essa outra percepção do §6º,

do art. 159, na visão do professor Marcelo Adamek:

Há quem veja, no caso, a aplicação da business judgment rule, mas, a nosso ver, aqui a situação é outra: o juiz já avançou até o ponto de considerar o administrador culpado (ou seja, já ultrapassou as etapas de verificação da ilicitude e culpabilidade do agente, estabelecendo-as no caso concreto), mas, ainda assim, decide isentar o agente do dever de indenizar. A exclusão, portanto, ocorre a posteriori: todos os elementos do suporte fático são preenchidos, dá-se a incidência da regra e surge o dever de indenizar, mas, por intervenção do juiz, o administrador é isentado do dever de reparar o dano. (ADAMEK, 2010)

A CVM, por sua vez, muito utiliza o instituto da regra do Business Judgment Rule em seus julgados. O Colegiado da autarquia, quando não aplica a regra explicitamente, o faz de forma a manter o princípio de que as deliberações dos gestores não devem ser julgadas em seu mérito, conforme apresentado nos extratos de alguns julgados:

E vai além, ainda, a Lei nº 6.404/76, que numa “tropicalização” da business judgment rule permite inclusive que se exclua a responsabilidade dos administradores, quando se verificar que estes mesmo violando a lei agiram de boa-fé e no interesse da companhia, conforme diz expressamente o parágrafo 6º do art. 159 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2004)

‘i) “note-se que o elemento normativo representa, no direito brasileiro, a incorporação da business judgment rule, tratando-se de julgamento por equidade, autorizado por lei”;

j) “Osmar Brina CORRÊA-LIMA, e.g., assevera que com o dispositivo ‘o legislador de 1976 importou e implantou, no nosso ordenamento jurídico, a business judgment rule, do direito norte-americano’” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2018)

“(xvii) a jurisprudência da CVM teria consagrado a aplicação da business judgement rule na análise de decisões negociais, segundo a qual, em regra, o mérito e o acerto da decisão do administrador fogem à competência do julgador/regulador. Desde que a decisão seja tomada de boa-fé e no interesse da Companhia, considerando-se as informações, dados e circunstâncias disponíveis à época em que foi tomada, não caberá ao julgador substituir-se ao administrador;

[...]

(xix) o Severance Package não teria sido um incentivo à demissão voluntária, pois a maioria dos colaboradores ainda continuaria na Companhia. Ainda que, posteriormente, o referido pacote não apresentasse os resultados esperados, tratar-se-ia de uma decisão equivocada, mas que teria sido tomada de boa-fé pelos administradores, considerando o que eles entendiam ser, naquele momento, o melhor interesse da HRT, razão pela qual tal decisão estaria protegida pela business judgement rule.

[...]

37. Por essas razões, ao avaliar decisões negociais tomadas por administradores de companhias abertas, o Colegiado da CVM vem adotando o padrão de revisão (standard of review) da business judgment rule (regra de decisão negocial)¹⁴, desenvolvido a partir da jurisprudência norte-americana, cuja compatibilização com o ordenamento jurídico nacional e, em especial, com os deveres fiduciários previstos na Lei nº 6.404/76, já foi confirmada pela jurisprudência¹⁵ e pela CVM¹⁶ em diversas oportunidades” (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS,

⁷ Relatório nº 130/2018-CVM/SEP

2013)

Todavia, a autarquia também profere decisões no sentido contrário à aplicação do instituto quando as decisões proferidas pelos administradores não possuem aspecto negocial, como pode ser verificado nesse extrato:

14. A business judgment rule é um dos mais importantes padrões de revisão. adotados para verificar o cumprimento dos deveres fiduciários. Em apertada síntese, a referida regra determina que as decisões negociais dos administradores sejam, a princípio, analisadas a partir do processo que o levou à decisão¹⁸, não devendo avançar em um exame de mérito.

15. Contudo, nem toda decisão tomada pelos administradores deve ser considerada uma decisão negocial. Essa categoria abrange aquelas decisões relacionadas condução dos negócios da companhia: adquirir ou alienar determinado ativo, investir ou não no desenvolvimento de um novo produto, definir o mix adequado entre capital próprio ou de terceiros, contratar ou demitir funcionários, para mencionar alguns exemplos. São decisões para as quais não existe uma resposta ótima. Nesses casos, busca-se respeitar a discricionariedade dos administradores e criar um ambiente que lhes permita assumir riscos e tomar decisões arriscadas, inovadoras e criativas sem medo de serem responsabilizados em caso de insucesso. Esse importante objetivo é alcançado pela business judgment rule.

16. Questões diretamente relacionadas à observância de obrigações fixadas em lei, regulamento ou estatuto não são decisões negociais. Isto porque não há, nesses casos, margem de discricionariedade para decidir quanto ao cumprimento de tais obrigações. O administrador não pode alegar que uma decisão informada, refletida e desinteressada o levou a concluir pela violação do comando que estava obrigado a cumprir. Consequentemente, nessas hipóteses a análise da CVM não pode se restringir aos aspectos procedimentais. (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2016)

Dessa forma, a autarquia vem demonstrando sua posição de concordância com a recepção da Business Judgment Rule no ordenamento jurídico brasileiro, em razão da expressa previsão legal no §6 do artigo 159 da lei de sociedades por ações.

De forma que nos casos onde é visualizado o caráter negocial da decisão administrativa, este não é esmiuçado a fim de se fundamentar a reparação para compensar o dano gerado, pelo contrário, sendo negocial e em atendimento aos requisitos vistos, ele é respeitado e mantido, e quando não atendido, pode atingir pessoalmente o administrador incauto em seus deveres profissionais. Embora ainda haja entendimento contrário, de não recepção do instituto, por muitos doutrinadores.

CONCLUSÃO

Conforme foi possível verificar, como consequência da aplicação do *Business Judgment*

Rule pela Comissão de Valores Mobiliários nos litígios de responsabilidade empresariais no Brasil, encontra-se a divergência doutrinária em relação a paridade do instituto estrangeiro com a previsão na legislação societária. De um lado há quem concorde com a recepção do instituto jurisprudencial, e de outro há quem não enxergue essa paridade e a possibilidade de sua aplicação sem que haja a deturpação da regra para que esta se encaixe em nosso ordenamento positivista.

Sincronicamente, enquanto a responsabilidade civil é matéria de grande importância no meio empresarial considerando o montante do dano patrimonial que pode ser atingido pela tomada de decisões desastrosas, seja por não atentarem aos deveres legais impostos aos administradores de sociedade, seja por violarem à lei ou ao estatuto social da companhia, ou ainda por não serem fruto da primazia ao interesse da sociedade, ao caracterizar o desvio de finalidade. Há grande atenção voltada a seu estudo, no intuito de resguardar e reparar o prejuízo que a pessoa jurídica venha a sofrer, através dos atos produzidos por aqueles que formam sua voz, em decorrência de sua realidade técnica, concentrados na pessoa natural dos administradores.

Há extrema relevância na apreciação da ação de responsabilidade, onde serão examinados, não em primeiro lugar a natureza que compõe as decisões administrativas, mas o resguardo com que foram tomadas, de forma que o resultado importa em uma melhor e mais segura atuação dos gestores, que poderão escolher o que acreditam ser o melhor para a sociedade que os empossou sem o temor de terem que responsabilizar-se pessoalmente por decisões lamentáveis do ponto de vista econômico, mas seguras do ponto de vista da diligência.

A multiplicidade de exames que podem resultar da análise do comportamento de determinado administrador ao tomar uma decisão que gere dano à sociedade é tão descomunal que é sempre imprescindível a análise do caso concreto, com todas as suas particularidades. De forma que seja verificado pontualmente a presença dos requisitos que caracterizam a regra norte-americana.

A análise casuística combina a previsão legal com o entendimento dos julgadores ao votarem no órgão colegiado para solucionar de forma mais justa os inconvenientes do produto de uma decisão negocial ou não negocial.

Assim, a Comissão de Valores Mobiliários ao identificar como não negocial determinada decisão de administrador que esteja causando danos à companhia, decide pela aplicação da *Business Judgment Rule* como técnica de julgamento estrangeira, que possui espaço de aplicação no sistema positivista brasileiro, em razão da previsão na lei de sociedades por ações, sendo esse o entendimento da autarquia até o momento.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF:

Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, DF: Presidência da República, 1976a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Presidência da República, 1976b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 25 mar. 2020.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A administração de companhias e a business judgment rule**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. A business judgment rule no direito brasileiro: a problemática da recepção da regra pela lei das S.A. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, SP, v. 74, 2016.

BULHÕES PEDREIRA, José Luis; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Decisão proferida por maioria de votos pelo Colegiado da CVM no julgamento, em 12/02/2004, do processo administrativo sancionador CVM nº 03/02 – Comissão de Inquérito**. Rio de Janeiro, RJ: CVM, 2004. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2004/20040212_PAS_0302.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Extrato da sessão de julgamento do processo administrativo sancionador CVM nº RJ 2013/11703**. Rio de Janeiro, RJ: CVM, 2013. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/47539622/do1-2018-10-29-extrato-da-sessao-de-julgamento-do-processo-administrativo-sancionador-cvm-n-rj2013-11703-47539521. Acesso em: 25 mar. 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Extrato da sessão de julgamento do processo administrativo sancionador CVM nº RJ 2016/7190**. Rio de Janeiro, RJ: CVM, 2016. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2018/RJ20167190_COMPLETO.pdf. Acesso em 25 de mar. 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Relatório nº 130/2018-CVM/SEP**. Rio de Janeiro, RJ: CVM, 2018. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2018/20180821/1114.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA - IBGC. **O que é governança corporativa**. Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa>. Acesso em: 25 mar. 2020.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Como citar: SANTOS, Laura Soares Miranda; SANT'ANNA, Leonardo da Silva. Deveres e responsabilidades dos administradores de sociedades anônimas e o business judgment rule no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 10-24, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p10. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2020-03-25

Aprovado em 2021-07-28

NORMATIVIDADE IMPERIAL, *LAW SHOPPING* E EMPRESAS TRANSNACIONAIS: COMO FICAM OS DIREITOS HUMANOS!?

IMPERIAL NORMATIVITY, LAW SHOPPING AND TRANSNATIONAL COMPANIES: HOW ARE HUMAN RIGHTS!?

Fernando Hoffmam *

Como citar: HOFFMAM, Fernando. Normatividade imperial, law shopping e empresas transnacionais: como ficam os direitos humanos!?. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 25-48, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p25. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho se propõe analisar e compreender a relação entre a constituição de uma nova normatividade “imperial”, a ação das empresas transnacionais e a utilização sistemática do *law shopping* por essas empresas. A partir da construção de uma nova normatividade que se origina a partir das normas técnicas e de gestão (*standards* e indicadores) que passam a instituir novas ordens normativas para além do Estado e da normatividade estatal (constitucional), procura-se entender como as empresas transnacionais se movimento nesse cenário na busca pela normatividade mais vantajosa para o desenvolvimento de suas atividades. Assim, procura-se desvelar o surgimento de novos atores privados e de novos centros de produção e aplicação de normas, bem como, de uma pluralidade normativa, desvelando as suas características ocultas. Dessa forma, se objetiva compreender o processo de interação dessas normatividades com a normatividade constitucional (estatal), e a utilização do *law shopping* como possibilidade de burlar os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, ou, de minimizar os seus efeitos, relegando ao Direito um papel secundário. Nesse caminho, qual seria o papel do constitucionalismo e do Direito para a proteção, garantia e concretização dos direitos humanos face ao “Império”, às empresas transnacionais e à prática do *law shopping* no sentido de fragilizar o Direito e violar os direitos humanos?

Palavras-chave: Direito humanos. Empresas transnacionais. “Império”. *Law Shopping*. Pluralidade normativa.

Abstract: The present work aims to analyze and understand the relationship between the constitution of a new “imperial”

* Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

normativity, the action of transnational companies and the systematic use of law shopping by these companies. From the construction of a new normativity that originates from the technical and management norms (standards and indicators), that start to institute new normative orders in addition to the State and state (constitutional) normativity, we seek to understand how transnational companies move in this scenario in the search for the most advantageous normativity for the development of their activities. Thus, it seeks to reveal the emergence of new private actors and new centers for the production and application of standards, as well as a plurality of regulations, revealing their hidden characteristics. Thus, the objective is to understand the process of interaction between these norms and constitutional (state) norms, and the use of law shopping as a possibility to circumvent national and international legal systems, or to minimize their effects, relegating to law a secondary role. In this way, what would be the role of constitutionalism and law for the protection, guarantee and realization of human rights in the face of the “Empire”, transnational companies and the practice of law shopping in order to weaken the law and violate human rights?

Keywords: Human rights. Transnational companies. “Empire”. Law Shopping. Normative plurality.

INTRODUÇÃO

O Direito na atualidade está inserido em um panorama de transformações que afetam, para além do próprio direito, o seu lugar privilegiado de produção e aplicação, qual seja, o Estado. Nesse sentido, é evidente a perda do monopólio estatal de produção e aplicação do direito face a outros centros de poder que se proliferam na ordem nacional e internacional, agindo globalmente no que tange à produção e aplicação normativas e fazendo com que surja o questionamento pelo lugar do Estado e do constitucionalismo nesse cenário. Porquanto, se o paradigma estatal e o constitucionalismo que o acompanha perdem espaço, e isso é inegável, essa perda de espaço se dá diretamente pelo surgimento de um novo paradigma de soberania denominado de “Império”. A constituição do “Império” no tocante ao Direito e ao Estado implica no “surgimento” de novos atores (as empresas transnacionais) e de uma nova normatividade “imperial” (normas técnicas e de gestão), gerando uma descentralização em relação à produção e aplicação do Direito, e, ao mesmo tempo, uma centralização em um novo centro de biopoder: o “Império” (Parte 1).

Desse modo, torna-se importante compreender o processo de interação entre a normatividade jurídica e a nova normatividade “imperial”, desvelando se o seu acontecimento ocorre sob a forma do diálogo ou da concorrência. Nesse cenário em que proliferam normatividades e atores, e em que o paradigma econômico neoliberal se consolida, as interações entre variadas normatividades se dá pelo prisma da concorrência normativa, em um verdadeiro comércio de normas e de sistemas jurídicos, que são escolhidos por suas fragilidades, e não por suas capacidades. (Parte 2).

Nesse cenário, um dos principais mecanismos utilizados pelos atores privados, sobretudo pelas empresas transnacionais pelo viés de escolher qual o sistema jurídico e qual a normatividade mais benéfica ao desenvolvimento de suas atividades, visando o maior lucro possível, é o law shopping. A partir das práticas de law shopping se institucionaliza um contexto de competitividade entre ordens jurídicas, normatividades, e Estados, em uma corrida pelo ordenamento jurídico mais atrativo para as empresas transnacionais; contudo, quanto mais atrativa for a ordem jurídica, mais vulnerável ela será, estando aí a importância do constitucionalismo e dos direitos humanos como parâmetro para essas interações e escolhas normativas (Parte 3).

Para tanto, utiliza-se como referencial metodológico e teórico-analítico o materialismo histórico no viés¹ de Antonio Negri. Aqui, certamente, cabem algumas explicações: a construção teórica de Antonio Negri se desenvolve no terreno do marxismo. No entanto, a corrente do pensamento marxista representada por Negri busca uma atualização do marxismo no sentido de situá-lo frente às dinâmicas contemporâneas, mas sem se afastar dos conceitos fundamentais do materialismo histórico marxista, que são: a) a tendência histórica, b) a abstração real, c) o antagonismo e d) a constituição da subjetividade. Neste sentido, o método de Negri considera o antagonismo entre uma subjetividade criativa e uma subjetividade constituída pelo capital. É neste sentido que se estabelecem novas categorias de análise que permitem compreender o papel do

¹ Aqui é importante referir que para a construção do referencial metodológico e teórico-analítico que aqui o presente trabalho, além de se levar em conta a obra de Antonio Negri, também se toma por base a leitura empreendida por Márcio de Souza Bernardes em: (BERNARDES, 2017).

Estado e do Constitucionalismo nesse cenário, compreendendo o fenômeno da produção normativa estatal a partir dessas categorias, em antagonismo às normatividades “imperiais”, e como forma de proteção dos direitos humanos face à ação das empresas transnacionais e a práticas “imperiais” como o law shopping. É neste sentido que se estabelece nosso marco teórico e metodológico, e que se define a forma como trabalhar-se-á, nesse artigo, o materialismo histórico. Assim, a utilização desse método permeia todo o desenvolvimento do trabalho realizado, que tem como eixo central as lutas presentes na modernidade e na pós-modernidade entre as forças do capital e as forças de resistência.

1 O DIREITO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E NORMATIVIDADE “IMPERIAL”

De pronto, é necessário considerar o Estado como se apresenta no presente artigo a partir do seu modelo moderno, ou seja, inserido em uma historicidade própria, sendo localizado geograficamente, e tendo uma temporalidade que determina uma dada compreensão das suas formas e transformações (BOLZAN DE MORAIS; HOFFMAM, 2015). Desse modo, se inicia o presente texto quando se fala em monopólio estatal, de uma centralidade na produção e aplicação do Direito, bem como da positivação, garantia e concretização dos direitos que surge a partir do modelo absolutista de Estado, e que passa por inúmeras transformações até chegar à sua roupagem e Estado Democrático de Direito, sobre o qual efetivamente o presente trabalho acabará se ocupando.

Nessa perspectiva, o Estado, nas suas formas modernas, desde o modelo absolutista, passando pelo seu viés Liberal e chegando-se ao Estado Social, mantém uma centralidade que é inegável e, no mais das vezes, justamente por reunir o monopólio da força no que tange à sua construção e utilização, incontestável. As formas estatais modernas, embora diferenciem-se entre si, mantêm-se adstritas à um núcleo central e a características que as marcam e definem².

Essas características, sem dúvida alguma, podem ser apontadas como a relação do poder estatal com a noção de soberania, e também estão ligadas à definição de um determinado povo que é o que conforma humanamente determinado Estado, e certamente informa o pertencimento do Estado a um determinado lugar, ou seja: a estatalidade tem necessariamente um território e conseqüentemente é marcado por fronteiras. (BOLZAN DE MORAIS, 2011). É claro que, a partir desse núcleo central, desdobram-se outras características que marcam o paradigma estatal em todas as suas formulações, como o exercício soberano da jurisdição, e, logo, do poder em relação aos seus cidadãos, a definição soberana de suas políticas internas e externas, as prerrogativas atinentes à sua atuação na arena internacional, a formação de uma Constituição própria, entre

² A título de esclarecimento, é importante deixar claro que não se pretende no presente artigo abordar específica e detidamente cada paradigma estatal e suas características, mas sim, apontar as características gerais, e, ainda assim, não de forma exaustiva, à todas as formas estatais desde a modernidade, ou seja, perceber um núcleo comum que permeia o Estado moderno em todas as suas formações, apontando especificamente as mais importantes no que tange ao artigo. Para um maior aprofundamento sobre essas questões, ver: (BOLZAN DE MORAIS, 2005; STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2019).

outras tantas igualmente importantes.

Veja-se que se consolida um ponto extremamente importante para o presente texto, que é justamente a importância da Constituição e conjuntamente de um constitucionalismo que se transmuta e passa a ter uma importância vital para a garantia e concretização dos direitos dos cidadãos que habitam os textos constitucionais. É nesse caminho que, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo garantidor de direitos que revive após o caos da violação sistemática e massiva dos direitos humano-fundamentais mais caros ao ser humano perpetrada pela maquinaria nazi-fascista se internacionaliza e passa a conformar todo um arcabouço jurídico internacional de direitos e de humanos; passam a ser da humanidade. (BOLZAN DE MORAIS; SALDANHA; VIEIRA, 2013).

Estado, Direito e constitucionalismo chegam a um ponto em que não se pode mais arredar da normatividade da Constituição, bem como não se pode mais fazer concessões no que tange aos direitos humanos, seja na perspectiva interna (nacional), seja na esfera externa (internacional), pois os direitos humano-fundamentais, garantidos constitucionalmente, são também garantidos para além dos limites do Estado e do constitucionalismo que o acompanha. A soberania estatal é também uma soberania constitucional, e os direitos humano-fundamentais devem ser garantidos e concretizados consolidando essa caminhada do nacional ao internacional, e de uma apreensão além-fronteiras da normatividade constitucional no que tange especificamente a esses direitos.

Porquanto, se o movimento de internacionalização do direito e do constitucionalismo corrobora para uma ampliação conteudística e protetiva no que toca aos direitos humanos, já que essa internacionalização do Direito se dá sobretudo pela ótica dos direitos humanos, ela também gera uma abertura paradigmática da estatalidade.

Há uma abertura paradigmática que atinge a estatalidade e a juridicidade, e provoca uma permeabilidade entre nacional e internacional que configura uma nova forma de organização das instituições clássicas que surgem com o paradigma estatal. (BOLZAN DE MORAIS; HOFFMAM, 2015). O constitucionalismo que esteve durante toda a sua história até aqui ligado ao Estado, descentra-se desse locus privilegiado de poder, pois é atingido em cheio pelo fenômeno da globalização, passando a lidar com outras perspectivas e centros de poder que perpassam a estatalidade e vão muito além da mesma.

Nessa conjuntura, o estatualismo passa por uma série de crises, que em parte também é uma crise do constitucionalismo ligado à forma Estado. Se há uma crise conceitual, como já referido, há também uma crise que é constitucional e que permeia os caminhos apontados pelo Estado na atualidade na direção da garantia e concretização de direitos, mas, ao mesmo tempo, muitas vezes no caminho inverso da relativização desses direitos decorrente da relativização da própria Constituição e da figura estatal. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Esses tensionamentos importam, entre outras questões, na perda do monopólio estatal no que tange à produção e aplicação do Direito, o que pode, sem dúvida alguma, apontar para uma direção benéfica ligada ao pluralismo social, ao reconhecimento das diferenças, de novos direitos ligados à novos sujeitos, ao reconhecimento dos movimentos sociais e das lutas por direitos que

deles tomam forma, mas também pode partir de uma agenda negativa que se relaciona com questões que são postas e pensadas ao arripio do Estado, do Direito, do constitucionalismo, e nesse bojo, dos direitos humano-fundamentais.

Essa movimentação contemporânea do Estado e do constitucionalismo podem significar a abertura, construção, invenção ou imposição de novos espaços normativos, o que pode beneficiar a constituição de espaços normativos cosmopolitas – ainda que sob a égide de um novo cosmopolitismo³ – mas, também, pode gerar locus de poder e normatividade que não se interessam ou se conectam com desideratos cosmopolitas, democráticos, e de proteção, garantia e concretização dos direitos humanos. (BOLZAN DE MORAIS; HOFFMAM, 2015). Tanto emergem convergências nas tradições jurídicas que se conectam, quanto se percebe uma homogeneização jurídico-cultural, sob o risco de um imperialismo de tradições jurídicas hegemônicas ditadas pelo predomínio econômico que se converte em político, jurídico e cultural através da instituição do “Império” enquanto novo paradigma de soberania. Há, assim, pode-se dizer figurativamente, novo(issimo)s constitucionalismos – como o nomeado “Novo” constitucionalismo Latino-Americano – ao lado de velhos constitucionalismos, bem como da ausência, parcial ou total do mesmo constitucionalismo.

Nesse momento, se institui uma nova normatividade que, para o presente artigo, nasce do paradigma do “Império”, e está inserida na lógica “imperial” de sobreposição ao e utilização do Estado como mais uma estrutura “imperial” de poder. O “Império” produz uma normatividade que se dá ao arripio do Estado e da ordem democrática, bem como não se importa no mais das vezes com as exigências dos direitos humanos, seja em nível nacional ou internacional.

A partir desse momento, para o presente texto passa o Direito a lidar com ordens normativas distintas, oriundas de lugares próprios de produção do Direito, ligadas a atores diversos, e buscando variados interesses que não os da ordem democrática e dos direitos humanos. Quando se fala aqui em diferentes normatividades ou ordens normativas, desde esse momento fala-se em uma normatividade, em normas construídas legislativamente dentro do jogo democrático, oriundas do Estado e necessariamente compatíveis com a constitucionalidade e com os direitos garantidos constitucionalmente; essas normas para esse trabalho serão denominadas de normas jurídicas. No entanto, há uma normatividade procedente de outros atores e produzida em outros lugares, coadunando novos desideratos, novos meios de produção, e novos órgãos de aplicação do Direito, que não mais exclusivamente os pertinentes à estatalidade e ao constitucionalismo. A essas normas se dará o nome de normas de gestão (standards e indicadores) conformando uma normatividade “imperial”, e é o que se passa a tratar.

Nessa caminhada, é imprescindível, já de imediato, determinar conceitualmente o que é o “Império”, e já, antes de qualquer coisa, uma advertência se faz necessária: o “Império” é um conceito e não uma metáfora relacionada aos tempos imperiais, ou seja, à experiência romana, chinesa, americana – aqui se fala em continente americano – anteriores. Partindo daí o “Império” se caracteriza pela ausência de fronteiras, e, assim, estende o seu poder e a sua normatividade

³ Sobre a possibilidade e as condições de se estruturar no novo cosmopolitismo, ver: (HOFFMAM, 2019).

sobre todo o mundo civilizado abrangendo a totalidade do espaço; num segundo momento, é importante demarcar que o “Império” não nasce de processos de conquista, mas sim como uma ordem de coisas que se coloca naturalmente, e perenemente suspendendo a história e fundando uma temporalidade própria. Também é importante deixar claro que o “Império” projeta o seu poder por toda a ordem social, e não apenas pela ordem política e jurídica como espaços típicos do exercício da soberania, por isso se coloca como uma forma de biopoder e biopoliticamente controla a própria vida dos indivíduos, até mesmo formando novas subjetividades. E, paradoxalmente, embora se estruture e movimente a partir de um estado de guerra global, o conceito de “Império” é sempre dedicado a paz, no entanto, uma paz do sistema – paz “imperial”. (HARDT; NEGRI, 2002).

Dessa forma, o conceito de “Império” é um conceito global que emana o seu poder de um único centro, mostrando-se como um poder unitário responsável por manter a paz social e produzir os seus valores éticos. Para alcançar esse desiderato lhe é dada a força necessária e o poder do exercício da coerção, configurando-se um biopoder capaz de buscar a manutenção da paz controlando as guerras às quais produz. (HARDT; NEGRI, 2002). Com efeito:

O novo paradigma é ao mesmo tempo estrutura e hierarquia, construção centralizada de normas e produção de legitimidade de grande alcance, espalhada sobre o espaço mundial. É configurado ab initio como dinâmica e flexível estrutura sistêmica, articulada horizontalmente [...]. [...] Alguns chamam de “governança sem governo” para indicar a lógica estrutural, às vezes imperceptível mas sempre e cada vez mais efetiva, que move todos os atores dentro da ordem global. (HARDT; NEGRI, 2002, p. 31).

Nesse sentido, há uma nova autoridade central que organiza e estrutura um sistema de práticas, mecanismos e normatividades que partem dela e chegam nela, ou seja, o paradigma “imperial” é ponto de partida e de chegada de toda a normatividade, e de todas as práticas que conduzem a política “imperial”. Nesse viés, Hardt e Negri (2002) questionam se o termo jurídico ou Direito ainda deve ser utilizado no atual contexto “imperial”, e respondem no sentido de que as normas supranacionais acabam por adentrar e se sobrepor à ordem normativa adstrita ao Estado-nação, ou seja, o chamado Direito transnacional aberto e flexível se sobrepõe ao Estado e ao constitucionalismo deixando-os em segundo plano, mas não os eliminando.

Traça-se uma paisagem jurídico-normativa imprecisa, pois atacada pela ordem “imperial” e sua normatividade descentralizada, e, principalmente, despreocupada com a estatalidade, com a ordem constitucional, e com os direitos humanos oriundos dessas instituições. A nova normatividade “imperial” inaugura uma crise da racionalidade moderna e das instâncias de produção e aplicação do Direito, o que implica num desgaste e perda de importância da normatividade jurídica frente à normatividade “imperial”. (SALDANHA; MELLO; LIMBERGER, 2016).

Ugo Mattei (2003)⁴, nessa linha, embora fale de um processo de americanização do direito, o qual não se coaduna com o intento desse artigo, acerta ao proclamar que a normatividade

⁴ Tradução livre do autor: “Imperial law is shaped by a spectacular process of exaggeration, aimed at building consent for the purpose of hegemonic domination”.

imperial é dominante no sistema jurídico mundial, bem como que ela é produzida no interesse do capital e por uma infinidade de atores privados, que por óbvio são responsáveis por um déficit de democracia dessa nova normatividade. “A lei imperial é moldada por um espetacular processo de exagero, visando a construção de consentimento com a finalidade de dominação hegemônica”.

O novo paradigma imperial de soberania faz com que essa nova normatividade permeie indistintamente as normatividades estatais utilizando-as quando necessário, mas também as descartando sempre que afrontarem esse novo paradigma. Nesse sentido, é bastante claro Jose Luis Bolzan de Moraes ao afirmar que o Estado de Direito na atualidade se vê impactado por uma nova forma de conhecimento e de produção normativa, que invade a institucionalidade e toma de assalto os ambientes de produção regulamentar, modificando toda a fenomenologia que conduz essa produção. Como propõe o autor, substitui-se a normatividade jurídica alicerçada na política, e democraticamente construída, por uma normatividade privada concentrada no poder da razão matemática. (BOLZAN DE MORAIS, 2018a). É o que se pode chamar com Dardot e Laval (2016) de “nova razão do mundo”, ou seja, uma razão matemática, mercadológica e financeirizada que aporta uma nova razão governamental, constituindo um novo aparelho de Estado que acaba por se colocar à serviço do novo paradigma de soberania.

É evidente que o paradigma “imperial” de soberania só consegue tomar forma a partir de uma “grande virada mediante a implantação geral de uma nova lógica normativa, capaz de incorporar e reorientar duradouramente políticas e comportamentos numa nova direção” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 190), constituindo-se uma nova forma de estatalidade, uma nova normatividade e um novo constitucionalismo que se colocam à serviço do “Império” e de sua força normativa descentralizada, mas, ao mesmo tempo, rígida e extremamente coercitiva.

Dialogando, as teorias de Hardt e Negri (2002) com Frydman (2018) pode-se chegar a uma definição do que é essa nova normatividade “imperial”, ou seja, de que tipo de normas se está a falar. A partir das ideias de Frydman (2018), propõe-se em meio ao novo paradigma de soberania uma normatividade que busca padronizar tanto as coisas, e aqui se está falando sobre o domínio das normas técnicas, quanto busca padronizar a ação humana, quando falamos das normas de gestão.

As normas técnicas tendem à padronização das coisas, dos processos e procedimentos, das exigências de qualidade dos produtos e materiais, são normas que buscam uma normalização das condutas técnico-produtivas na busca por uma maior qualidade diretamente ligada à padronização. Essas normas antes internas às fabricas, às empresas, migra para além delas e acaba por constituir normas gerais de setores e associações profissionais. São exemplos dessas normas, as normas ISO que geram uma padronização global de processos e condutas alinhados com demandas de padronização que estão para além da estatalidade. (FRYDMAN, 2018).

“O velho Rule of Law vai sendo sucedido por um modelo de governança no qual a sustentação dos atos de poder é conferida pelo respeito à standars e indicadores administrativos

e não mais aos conteúdos tradicionais do Estado (Liberal) de Direito”. (BOLZAN DE MORAIS, 2018b, p. 876-903). É o que se pode chamar de governança por números, ou seja, uma forma de governo centrada na análise pelo cálculo, na quantificação dos resultados e na programação dos comportamentos dos sujeitos de acordo com padrões normativos apontados por essa mesma governança. (SUPIOT, 2014).

No início do século XX, os Estados começam a organizar e criar institutos nacionais de normalização técnica; o primeiro país a tomar essa atitude é a Holanda, seguida num primeiro momento pela Alemanha em 1917 e pelos Estados Unidos em 1918. Mais tarde, criam também seus organismos estatais de normalização a França, em 1926, com a Bélgica criando o seu órgão em 1959. Veja-se que, num primeiro momento, esse movimento se dá em nível estatal (nacional), mas na atualidade essa é uma demanda internacional (global) que necessita de normas técnicas coerentes e obedecidas em todo o globo terrestre, padronizando processos, procedimentos, exigências por qualidade, utilização de materiais, etc. (FRYDMAN, 2018).

Nesse plano, ganham também espaço as normas de gestão e a construção de uma nova administração voltada para a busca por eficiência e por uma qualidade que não é mais substantiva, mas sim quantitativa. As normas de gestão passam a habitar as instituições tipicamente estatais em uma ode à eficiência, colocando em segundo plano a efetividade das medidas tomadas em relação aos sujeitos, aos cidadãos. Como deixa claro Frydman (2018), qualidade e quantidade andam juntas nesses novos tempos, pois a qualidade é medida pelo emprego da cifra, ou seja, o que aponta a qualidade da gestão, tanto quanto o que aponta a qualidade técnica são indicadores, dados, cifras, que quantificam a efetividade⁵.

Nessa trilha, “se o ‘dado’ é apresentado como um componente do real (ainda que seja um produto de fabricação de um indicador definido), o objetivo a alcançar é uma norma, a norma que orienta o comportamento em direção ao fim a alcançar” (FRYDMAN, 2018, p. 49), esse fim a alcançar na lógica “imperial” engloba a eficiência e a produtividade como dados, mas também engloba os valores éticos que devem traçar esse caminho rumo ao fim a alcançar. Há uma dupla normatividade técnica e ética, que reveste a norma “imperial” enquanto norma técnica ou de gestão para além de sua função pragmática, de uma eticidade que obedece à ética do sistema, à ética “imperial”, sendo uma ética também técnica, numérica, quantitativa e, sobretudo privada.

A standartização do Direito e de sua normatividade faz com o que o constitucionalismo e a juridicidade soçobrem frente ao aparato global de poder “imperial”. O biopoder “imperial” estende seus mecanismos de controle sobre o Direito e controla a produção normativa à nível estatal, produzindo um descompasso entre os desideratos do Estado e dos direitos humanos

⁵ Nesse ponto é importante mencionar que na atualidade se faz por demais presente na análise estatística por dados e cifras a presença das novas tecnologias da informação e comunicação (TICs). Nesse sentido, a utilização da análise algorítmica no que tange à dados e cifras é um fator de potencialização da quantificação que orienta os movimentos das instituições públicas e privadas na atualidade. Os algoritmos nesse sentido também se mostram extremamente normativos, mas, também, tem a sua normatividade ocultada, bem como, tem os seus verdadeiros intentos escamoteados por estratégias discursivas de neutralidade. No entanto, os números não são neutros, e muito menos os algoritmos programados especificamente para a partir de análises preditivas gerar esses números. Sem sombra de dúvidas a nova normatividade “imperial” composta pelas normas técnicas e de gestão pode ser caracterizada cada vez mais como uma normatividade algorítmica, orientada por uma razão algorítmica programada sob os interesses do “Império”. (BOLZAN DE MORAIS, 2018b, p. 876-903).

e as intenções dos agentes privados e das demais institucionalidades “imperiais”, que reúne até mesmo outros Estados que, como competidores na arena global, se sobrepõem aos direitos humanos e a outras estatalidades.

“Da mesma forma que uma constituição na ordem jurídica, a informação estatística é essencialmente normativa e serve para construir um espaço público. Mas, diferentemente de uma constituição, sua normatividade é ocultada” (SUPIOT, 2014, p. 74), ou seja, o “Império” comanda sem comandar, ou exerce o seu poder sem que pareça isso um exercício de poder, pois a normatividade “imperial” não faz aparecer as suas intenções, muito menos passa por controles democráticos ou debates públicos, ela apenas é gerada a partir do próprio “Império” para exercer o seu biopoder invisível e guiar o mundo sem saber que está sendo guiado.

Por isso o “Império” aparece como uma ordem natural; constitui-se a priori porque isso era inafastável, inevitável, sua constituição é dada naturalmente como um novo paradigma soberano que se estende inadvertidamente sobre todo o mundo e coloca toda a institucionalidade até ali existente sobre os braços das suas estruturas e mecanismos de biopoder, controle e vigilância. (HARDT; NEGRI, 2002). Porquanto, em que pese, todas as institucionalidades fiquem sob o seu comando e possam se movimentar nessa lógica, nesse espaço-tempo suspenso, determinados Estados e sobretudo, os atores privados se movimentam com maior êxito e comandam os rumos que a imensa maioria dos atores estatais ou não devem seguir.

Dessa forma, mesmo que a normatividade “imperial” se produza a partir de um biopoder central forte e denso, os atores privados atuam com liberdade e facilidade por suas estruturas, seja de produção quanto de aplicação das normas. É evidente que as normas técnicas e de gestão nascem, sobretudo, da esfera privada e de atores que habitam o ambiente “imperial”, bem como o ambiente estatal, mas que atuam para além das normas estatais e constitucionais.

Assim, as variadas normatividades que se colocam no espaço-tempo “imperial” passam necessariamente a relacionar-se e a criar vínculos no que tange à sua produção e aplicação. No entanto, o que deve ser questionado é como se dá essa relação, e no tocante às novas normatividades “imperiais”, como elas atingem a Constituição enquanto norma e o constitucionalismo enquanto garante dos direitos humano-fundamentais. Na sequência é disso que se trata.

2 O “PRINCÍPIO” DA CONCORRÊNCIA COMO NOVA “RAZÃO NORMATIVA”

Nesse momento torna-se necessário e imprescindível que se compreenda como se relacionam as variadas normatividades existentes na contemporaneidade, ou seja, como a partir da instituição do paradigma “imperial” e das modificações passadas pelo Estado, tanto em suas funções quanto em sua estrutura, se dá a interação entre a nova normatividade “imperial” através das normas técnicas e de gestão e a normatividade estatal-constitucional através do Direito produzido legislativamente dentro das instituições democráticas.

De maneira cristalina essa interação ocorre e não pode ser negada, porquanto é preciso

entender se esse entrecruzamento de normatividades se dá de maneira harmônica e equilibrada, ou se o que acontece é o contato de forma desordenada que sobrepõe uma normatividade à outra. Veja-se que as normas técnicas e de gestão como já foi referido deslocam-se da esfera privada e perpassam os limites da estatalidade, possibilitando a criação de novos marcos regulatórios inseridos no próprio Estado.

Essa virada ocorre, principalmente, pela troca da solidariedade pela concorrência enquanto princípio reitor da ação empresarial e estatal, seja no nível nacional ou internacional, colocando-se uma nova forma de governar e movimentar-se na arena “imperial”. Como bem referem Dardot e Laval (2016), o capitalismo financeiro tipicamente “imperial” se organiza sobre novas bases em que a competitividade e a concorrência são as molas mestras do político, do social e do jurídico, para além do ambiente da iniciativa privada. Há um princípio de desregulamentação que, em verdade, é extremamente normativo e regula as atividades públicas e privadas a partir dessa virada econômico-neoliberal.

É possível formular, a partir das ideias de Dardot e Laval (2016), que as normas técnicas e de gestão atuam de forma disciplinadora da conduta humana rumo à obtenção de performance condicionada à avaliação técnica e gerencial de sua eficiência. Gera-se uma condição indissociável entre obedecer normas técnicas e de gestão para alcançar os fins buscados seja pela empresa, seja pelo Estado. “A representação cifrada do mundo que governa, atualmente, a gestão dos negócios públicos e privados engloba as organizações internacionais, os Estados e as empresas em um autismo da quantificação que os afasta cada vez mais da realidade da vida dos povos”. (SUPIOT, 2014, p. 77).

Pode-se dizer que “o direito privado se politiza e se publiciza e o direito público se privatiza, a partir da existência de normas com caráter e abrangência públicos, porém produzidos por atores privados em uma modalidade de deslocalização normativa”. (SALDANHA; MELLO; LIMBERGER, 2016, p. 337-354). A partir das considerações de Fornasier e Ferreira (2015), é possível inferir que as fronteiras, antes bem demarcadas entre a *hard law* – Constituição, normatividade jurídica, etc – e *soft law* – standards, indicadores, normas de gestão, etc – é cada vez mais porosa e confusa, pois com o aumento da complexidade gerado pelo fenômeno da globalização, inadvertidamente multiplicam-se ordens jurídicas diversas que transitam entre *soft law* e *hard law*, bem como cada vez mais os modelos de *soft law* tornam-se *hard law* “imperiais”, sendo muito mais impositivas do que a normatividade constitucional emanada do Estado.

Efetiva e eficientemente a normatividade “imperial” que em seu cerne é principalmente normatividade empresarial passa a comandar pela via da concorrência de normatividades⁶ a

6 É importante deixar claro nesse momento o que se quer determinar/conceituar por concorrência de normatividades ou concorrência normativa. Para tanto, se utiliza a lição de Benoit Frydman: “Os termos “concorrência normativa” ou “concorrência regulatória” (em inglês *regulatory competition*) geralmente se referem à competição em que se envolvem os estados, global ou regionalmente, ou mesmo entre os entes federativos dentro do próprio Estado, para tornar sua lei mais favorável do que a de outros ou a certos assuntos de direito, bens ou operações que os Estados desejam atrair para seu território ou sob sua jurisdição”. (FRYDMAN, 2016, p. 1-19. Tradução livre do autor: “Les termes «concurrance normative» ou «concurrance réglementaire» (en anglais «regulatory competition») désignent le plus souvent la compétition à laquelle se livrent les Etats, au niveau global ou régional, ou même à l’intérieur d’un cadre étatique fédéral, pour rendre leur droit plus favorable que celui des autres à tous ou certains sujets de droit, biens ou opérations que les Etats souhaitent attirer sur leur territoire ou sous leur juridiction”.

interação normativa entre normas estatais-constitucionais e normas técnicas e de gestão, como também a sistemática de produção e aplicação das normas jurídicas, mesmo que no âmbito do ente estatal. Essa nova normatividade como se nota, está claramente ligada aos atores privados, em especial às empresas transnacionais.

Nesse passo, apresenta-se como atores privados, principalmente as empresas transnacionais e as grandes corporações que estendem suas estruturas e práticas por todo o globo terrestre sem obedecer qualquer tipo de fronteira, seja territorial ou jurídica. Budó (2019) ensina tratar-se de um modelo de organização empresarial que tem nas suas práticas a sistemática violação de normas jurídicas/constitucionais e dos direitos humanos, pois, tem em seu cerne a negação a qualquer tipo de prestação de contas, não se submetendo a qualquer regime jurídico, seja nacional ou internacional.

Ainda de acordo com a autora, inevitavelmente para além do poder econômico disponível à essas empresas transnacionais, elas são capacitadas de um grande poder político, pois, no mais das vezes, os seus interesses se confundem com os dos Estados, bem como ocorre uma interdependência que liga diretamente práticas estatais da esfera da política às práticas econômicas dessas empresas e grandes corporações globais. Tais relações, sejam de parceria, sejam de pressão, e até mesmo pela via da corrupção, se dão pela utilização de lobby junto aos parlamentos, pela concessão de financiamento de campanha, pela promessa de geração de empregos, entre outras práticas costumeiras relacionadas às empresas transnacionais. (BUDÓ, 2019).

Nessa linha, é possível afirmar que os interesses dos Estados e dessas grandes corporações, no mais das vezes, confundem-se e imbricam-se, pois, ambos atores acabam por competir no mercado global. Dessa maneira, os Estados passam a sujeitar-se ao regime das normas técnicas e de gestão, por ser o único compatível com a estruturação, funcionamento e movimentação do mercado global, passando a transportar suas prerrogativas para mecanismos internacionais de padronização normativa. Frydman (2018), quando aborda a experiência europeia, é bastante claro ao dizer que cada vez mais há uma transferência completa de competência da normatividade jurídica, estatal-constitucional para o âmbito internacional das normas técnicas europeias e globais. Na prática europeia não há mais sequer uma reserva de atuação para os Estados em matérias como meio ambiente, saúde, segurança, entre outras. Dessa forma, toda a normatividade está sob a perspectiva de harmonização e padronização técnica e de gestão europeias e/ou globais.

Contudo, as normas técnicas adotadas no quadro da nova abordagem (ou fora dela) escapam a qualquer controle de validade jurídica e não podem ser objeto de recurso de anulação perante a Corte de Justiça da União nem de recurso por particulares, donde se estima que não há interesse em contestá-los. (FRYDMAN, 2018, p. 60).

Veja-se que é por demais evidente que se está a falar de uma normatividade que se constitui e atua ao arrepio do Estado, mas, sobretudo, do Direito construído legislativa e democraticamente, do constitucionalismo e dos direitos humanos. Não há preocupação com qualquer validação dessas

novas normatividades pelos pressupostos tipicamente estatais-constitucionais de concretizar e garantir direitos que propiciem o bem comum.

Sob o ponto de vista concorrencial e não do diálogo, as normas jurídicas soçobram frente às normas empresariais que passam a governar o modo de ação de empresas, organizações internacionais, Estados, governos, etc, e condicionam a atuação de todos esses atores aos fins apontados pelo mercado como instituição “imperial” basilar. De acordo com Frydman (2016, p. 1-19)⁷, “a implementação da concorrência dos estados e seus direitos funciona como uma técnica alternativa para harmonização de direitos e promove a disseminação de um único modelo normativo”.

Esse modelo normativo é o que se denomina no presente trabalho de normatividade “imperial”, é um modelo híbrido que unifica as normas técnicas e de gestão com as normas jurídicas com uma sobreposição das primeiras ante as segundas, atendendo aos interesses do mercado e à lógica competitiva e concorrencial das empresas privadas. Para além de competir no mercado, as empresas privadas na atualidade geram uma concorrência normativa entre os Estados, que buscam na esfera internacional atender aos interesses das empresas transnacionais na busca por investimentos, geração de empregos, popularidade para o governo, etc.

Porquanto, a prática de guiar-se por standards e indicadores torna-se uma prática global no mercado normativo apregoado pela concorrência entre as diversas ordens normativas estatais. Cada vez mais cresce a presença do que Frydman (2014) denomina por Objetos Normativos Não Identificados (O.N.N.I) – do original em inglês Unidentified Normative Objects (UNOs), normas que se apresentam de lugares diversos de produção normativa, bem como são aplicadas por diferentes e novos centros de poder, e que proporcionam uma fragmentação da normatividade jurídica que não mais está necessariamente vinculada ao Estado, necessitando de um método pragmático⁸ de análise.

Para o autor, a discussão a respeito de uma ordem normativa global não pode ser colocada de maneira simplista entre a existência (surgimento) ou não de um Estado mundial, que sabemos não existir, e a existência de estruturas (instituições) de governança global, das quais emanam a normatividade global atual. A “observação empírica ensina-nos que as normas não são necessariamente produzidas pelas estruturas de estado ou de governança”[...] (FRYDMAN, 2014, p. 1-17), transbordando os limites tanto da estatalidade quanto das organizações internacionais

7 Tradução livre do autor: “La mise en concurrence des Etats et de leurs droits fonctionne comme une technique alternative à l’harmonisation des droits et favorise la diffusion d’un modèle normatif unique”.

8 É importante aqui, caracterizar esse método pragmático: “De acordo com o método pragmático, normas legais são estudadas e interpretadas, menos em consideração à sua origem (as fontes da lei) ou aos relacionamentos lógicos ou hierárquicos que elas mantêm entre elas (a ordem ou o sistema jurídico) do que em relação dos efeitos que elas produzem ou provavelmente produzirão no contexto de suas aplicações. A preocupação com a eficiência é crucial para se estudar devidamente o impacto das regras e instituições e suas mudanças no que tange à indivíduos e grupos, ao gozo de direitos e a alocação de recursos”. (FRYDMAN, 2016, p. 1-19). Tradução livre do autor: “Selon la méthode pragmatique, les normes juridiques sont étudiées et interprétées, moins en considération de leur origine (les sources du droit) ou des relations, logiques ou hiérarchiques, qu’elles entretiennent entre elles (l’ordre ou le système juridique) que des effets qu’elles produisent ou sont susceptibles de produire dans les contextes de leurs applications. Le souci de l’effectivité est déterminant de même que l’étude de l’impact des règles et des institutions et de leurs modifications sur les individus et les groupes, la jouissance des droits et l’allocation des ressources”.

(intergovernamentais) que constituem o aparato de governança global na atualidade⁹. Com efeito:

Não se pode ignorar, especialmente, que o aumento dos poderes dos atores não estatais que interferem na economia e na vida política dos Estados tem promovido, ao longo de décadas, a necessidade de redesenhar a governança mundial em termos de direitos, deveres e responsabilidades. (SALDANHA, 2018, p. 207-231).

Desse modo, a ordem normativa global não pode ser pensada como uma ordem normativa única ao modo das ordens normativas estatais, deve-se ter clara a existência de sistemas legais inter-relacionados advindos de diversas normatividades e atores, independentemente de fazer parte ou não de uma dada ordem jurídica como a conhecemos desde a modernidade. (FRYDMAN, 2014). Porém, essa opção feita por Benoit Frydman nos parece bastante perigosa, ao somente assumir a pluralidade de normas independentemente dos atores, lugares de produção e aplicação e natureza dessas normas, acreditando em um pluralismo normativo ordenado em matéria global. Frydman (2014), em certa medida, aponta um meio termo ao dizer no mesmo artigo que ao admitir essa pluralidade de normas, sem importar necessariamente de qual centro de poder advém essa norma – ou seja, se de atores privados, estatais, paraestatais, bem como se normas jurídicas, normas técnicas ou de gestão – apenas está abandonando um formalismo que não é benéfico para a análise e compreensão da conjuntura atual.

Mesmo com essa advertência do autor, entende-se no presente artigo que é muito perigoso adotar essa postura de relativização da importância do lugar do qual decorre determinada normatividade, determinadas normas. Não se quer, no presente artigo, negar o surgimento de novos atores no universo da produção e aplicação das normas; no entanto, não se pode naturalizar tal processo ao nível de uma naturalização própria das normatividades privadas sobre a normatividade estatal, nem das normas técnicas e de gestão sobre as normas jurídico-constitucionais, pois as primeiras operam em uma zona eminentemente privada, sem ligação qualquer com os fins a serem alcançados pela sociedade, pelos sujeitos de direito.

Veja-se que a relação entre capitalismo neoliberal e a ação de atores privados, no que tange a práticas que atentam contra os sistemas jurídicos e os direitos humanos, é visível e latente, o que mostra as armas utilizadas pelo “Império” na consecução de seus fins. Nota-se uma típica ação “imperial” no entrelaçamento entre Estados e mercado em direção aos fins econômicos que aparentemente beneficiarão às duas instituições, mas que em verdade trazem ganhos apenas para os atores privados envolvidos nessa relação, e para a própria estrutura “imperial” que cada vez mais se agiganta enquanto uma forma central de biopoder.

Dessa forma, mesmo que a normatividade “imperial” se produza a partir de um biopoder central forte e denso, os atores privados atuam com liberdade e facilidade por suas estruturas seja de produção quanto de aplicação das normas. É evidente que as normas técnicas e de gestão nascem sobretudo da esfera privada e de atores que habitam o ambiente “imperial”, bem como

⁹ Tradução livre do autor: “Empirical observation teaches us that norms are not necessarily produced by the structures of inter-state or para-state governance”.

o ambiente estatal, mas que atuam para além das normas estatais e constitucionais, tendo como prática costumeira o descumprimento do Direito e a violação dos direitos humanos.

Assim, as variadas normatividades que se colocam no espaço-tempo “imperial” passam, necessariamente, a relacionar-se e a criar vínculos no que tange à sua produção e aplicação, bem como surgem de variados atores que buscam a defesa de seus interesses específicos. No entanto, o que deve ser questionado é como se dá essa relação, e qual o papel que passam a ter os direitos humanos em meio a um ambiente “imperial” em que os atores privados optam, no mais das vezes, pela violação sistemática do Direito, da Constituição, e dos direitos humanos.

Desse modo, se torna importante compreender a ação das empresas transnacionais nesse novo paradigma de soberania, desvelando as suas práticas orquestradas e sistemáticas de violação dos direitos humanos, e como se pode chegar à responsabilização dessas grandes corporações no âmbito nacional e internacional. Nessa lógica de desresponsabilização e impunidade, uma das práticas mais utilizadas pelas empresas transnacionais na violação a sistemas jurídicos e aos direitos humanos é o law shopping, sendo necessário desvelar como o Direito e os direitos humanos podem ser barreiras a essa prática. É o que se passa a discutir.

3 A EMPRESA TRANSCACIONAL E A PRÁTICA DO LAW SHOPPING: ESCOLHENDO NORMATIVIDADES E VIOLANDO DIREITOS

Seguindo caminho, as empresas transnacionais se mostram como um dos principais atores inseridos no paradigma “imperial” de soberania, constituindo-se, para além de um novo ator no mercado, um novo ator político e jurídico de grande poder no âmbito nacional e internacional. Nesse passo, além de ser um novo ator no que tange à produção e aplicação de normas jurídicas e, sobretudo, não jurídicas, as grandes corporações globais se tornam importantíssimas na definição da normatividade estatal, ou seja, das normas jurídicas, constitucionais, de modo a construir ordenamentos jurídicos mais favoráveis às suas práticas violadoras de direitos – dos direitos humanos.

Torna-se cada vez mais comum que os Estados adequem a sua ordem jurídica interna aos interesses das empresas transnacionais, sempre no sentido desregulatório, bem como assentado nas práticas internacionais de padronização normativa a partir do uso de normas técnicas, de gestão e de indicadores e standards normativos consubstanciados por organizações internacionais, nos rumos apontados pelo mercado e pelo “Império”. Nesse contexto, as ordens jurídicas estatais cada vez mais se mostram fragilizadas e à serviço do mercado e do “Império”, pois devem inserir-se na lógica da competitividade (concorrência) mercadológica, econômica, criando também práticas de concorrência normativa, quer-se dizer, entre ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, se dá a manifestação do que se denomina de law shopping, que é nada mais do que a aplicação do princípio da concorrência ao Direito, ao invés de o Direito reger a (livre) concorrência entre mercados e empresas. Por essa prática do law shopping as empresas

literalmente em meio a um mercado de ordens normativas e/ou sistemas jurídicos escolhem os que tem normas jurídicas mais favoráveis ao desenvolvimento de suas atividades empresariais. Nesse sentido, se pode tratar de normas fiscais mais benéficas, de normas trabalhistas menos rígidas, questões relativas à responsabilização civil e penal das empresas no que tange a questões ambientais, de acidentes, práticas monopolistas, etc.

A ação das empresas transnacionais implica uma modificação na própria teoria do direito, na medida em que se descentra a produção normativa das mãos do Estado, passando a ter uma multiplicidade de atores envolvidos em um modelo interativo e descentralizado de produção normativa, o que acaba por gerar uma proliferação de normas. (SALDANHA, 2018). Pode-se dizer que há uma nova gramática jurídica, pontuada pela multiplicação de centros de produção normativa, bem como por uma pluralidade de normas. Impõe-se ao arripio do Estado, ou, através desse, novas normas trabalhistas, novas normas no que diz respeito à produção de bens e serviços, no que tange a políticas tributárias, entre outras questões. De acordo com Frydman (2014, p. 8):

A globalização coloca os atores transnacionais em uma nova situação. Eles não são mais sujeitos de um sistema legal predeterminado, sujeitos às restrições e, se necessário, as sanções deste sistema. Em vez disso, eles são colocados diante de uma paisagem fragmentada, um mosaico de sistemas legais, que corresponde aproximadamente ao mapa político do mundo, dividido em Estados.¹⁰

Com base nas liberdades estritamente mercadológicas (liberdade de estabelecimento, de circulação de capitais e mercadorias, etc), as empresas transnacionais consolidam uma prática de não se submeterem às normas jurídicas dos Estados nos quais operam, escolhendo um Estado e, conseqüentemente, um ordenamento jurídico mais vantajoso para as suas atividades, fazendo com que o Direito em si se torne também um negócio. (SUPIOT, 2014). O “Império”, pela via do mercado, impõe uma liberdade que não se liga a questões mercadológicas, mas sim à substancialidade jurídica, à vinculatividade dos direitos humanos, pois concebe um conceito de “liberdade normativa”; em verdade, uma liberalidade que age sobre o Direito e o insere na sistemática concorrencial que se espalha por todas as esferas da sociedade.

Se a agenda global exige a constituição de um espaço-tempo financeiro baseado economicamente na técnica, e consegue desenvolvê-lo a partir da adoção da nova normatividade “imperial” com suas normas técnicas e de gestão, indicadores e standards, ela acaba também por desconstituir a normatividade jurídica estatal, justamente com a utilização dessa nova normatividade no interior do Estado. Assim como são rompidas as fronteiras nacionais do ponto de vista geográfico, as fronteiras jurídico-normativas são desfeitas, deslocadas, movimentadas, de acordo com os movimentos das empresas transnacionais. (SUPIOT, 2014). De acordo com Kashiura Júnior (2019), essa transposição da normatividade jurídico-estatal para a normatividade numérico-“imperial” ocorre com a privatização do Estado, ou seja, com a troca do modelo de gestão

¹⁰ Tradução livre do autor: “Globalization places transnational actors in a new situation. They are no longer subjects of a predetermined legal system, subjected to the constraints and if need be the sanctions of this system. Rather, they are placed before a fragmented landscape, a mosaic of legal systems, that roughly corresponds to the political map of the world, divided into States.”

pública para um modelo de gestão privada que é o adotado pelas grandes empresas transnacionais. A questão, aqui, é que se pelo viés da eficiência vê-se – ou se pode ver – com bons olhos essa transposição, o grande componente do conceito de eficiência empregado por essas grandes corporações é a geração de lucro, e isso vai totalmente de encontro à lógica estatal, que, embora deva se preocupar com as receitas, evidentemente não deve se preocupar com lucratividade, mas sim, com o atendimento dos direitos humanos.

Na Europa, o próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias adota a postura que confere às empresas transnacionais o poder de evitar as normas jurídicas menos benéficas do Estado no qual ela exerce as suas atividades, podendo registrar-se em outro Estado no qual as normas jurídicas sejam mais benéficas, permissivas. Verdadeiramente, aponta-se para a construção de um mercado de normatividades à disposição das empresas transnacionais para escolherem a ordem jurídica que lhes for mais benéfica e menos agressiva do ponto de vista normativo. (SUPIOT, 2014).

Nessa maré, o que Supiot (2014) chama de “darwinismo jurídico” implica na hibridação entre sistemas jurídicos de civil law e de common law, adaptando-se os primeiros aos segundos por uma maior atração dos mecanismos jurídicos da common law para as empresas transnacionais¹¹. Os sistemas jurídicos mundiais dão ordem à uma corrida rumo a normas mais atrativas para as grandes empresas transnacionais, o que gera uma verdadeira composição normativa híbrida, que une normas mais benéficas de determinados ordenamentos jurídicos de outros países, ou, então, estabelece em situações específicas para aquelas empresas específicas a possibilidade de uma norma jurídica diferenciada, ou, aplicável diferenciadamente.

Essa perspectiva de atuação dos Estados e das corporações transnacionais pode ser notada a partir de uma análise do Acordo Sobre Comércio e Serviços (TISA, na sigla em inglês). Com a análise desse acordo, fica clara a ordenação neoliberal na mesma na linha da concorrência e de desregulação do mercado – que, como já referido, é tão normativa quanto as formas de regulação clássicas – começando a sua negociação no ano de 2012 e contando na atualidade com a participação de 23 países-membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) e com países da União Europeia. (SALDANHA; MELLO; LIMBERGER, 2016).

Oficialmente, justifica-se tal acordo pela necessidade da abertura do comércio de serviços em larga escala no munda/economia globalizado, pois, economicamente, o setor dos serviços possui papel importante para a economia e o desenvolvimento dos países, bem como para a garantia de bem-estar às populações. O acordo em tela abarca todos os tipos de serviços à exceção dos que devem ser prestados exclusivamente pelo Estado, como é o caso do sistema de

¹¹ De acordo com Ugo Mattei o direito norte-americano, estruturalmente está organizado de modo que o poder político direto seja contrabalançado por um procedimento de dupla verificação feita por profissionais que não estão ligados ao sistema político ou jurídico. Para o autor também o auto grau de descentralização do sistema jurídico norte-americano determina uma adaptação mais fácil da prática jurídica nacional às práticas jurídicas globais de escolha do sistema jurídico e da jurisdição mais favorável. A escolha da norma jurídica e da jurisdição mais benéfica à empresa são algo que estão na ordem do dia no Direito estadunidense. (MATTEI, 2003). Ademais o sistema jurídico estadunidense, bem como, o sistema político-administrativo está habituado a operar a partir das disposições retiradas de *standards* e indicadores de práticas de boa governança, que no mais das vezes serve de guia para a construção da sua normatividade.

justiça. Para além dos serviços a serem regulados, é importante deixar claro que a real intenção ao acordo é constituir uma zona desregulamentada no que tange aos serviços, gerando uma onda de privatizações na prestação de serviços que hoje estão sob os cuidados do Estado. (SALDANHA; MELLO; LIBERGER, 2016). Com efeito:

Dentre os muitos perigos desse acordo, o principal deles é a sua realização longe de qualquer cariz democrático. As tratativas vêm sendo realizadas a portas fechadas entre os Estados e sob o lobby das empresas, de modo que o conhecimento que se tem sobre esse hoje é por meio de informações oficiais esparsas, relatórios que abordam pontos polêmicos sobre temas que já foram divulgados ou por vazamentos que ocorreram por meio do Wikileaks. (SALDANHA; MELLO; LIBERGER, 2016, p. 337-354).¹²

Certamente, o que se vivencia é um estado de coisas que está profundamente vinculado às ordenações neoliberais em direção à lógica do mercado como nova “razão do mundo”. A racionalidade que permeia essa normatividade encarnada no Acordo Sobre Comércio e Serviços (TISA) não é mais a racionalidade afeita à normatividade estatal, que legislativa e, democraticamente, mesmo que com problemas, busca a garantia e concretização dos direitos humanos estendidos aos sujeitos nacional e internacionalmente. A racionalidade que produz tal acordo é a da razão concorrencial típica do neoliberalismo e que biopoliticamente passa a comandar todos os espaços da vida em sociedade.

Sob essa perspectiva, a prática do law shopping se torna a regra, pois as ordens jurídicas estatais ficam extremamente fragilizadas perante as empresas transnacionais. Por não haver uma normatividade que regule as relações entre as empresas transnacionais e os Estados sob um prisma internacional, as empresas transnacionais acabam por conseguir burlar os sistemas jurídicos nacionais, utilizando-se do law shopping e construindo uma cadeia produtiva a partir de empresas terceirizadas localizadas em países em que as normas jurídicas relativas à proteção do trabalhador, as normas tributárias, ou sobre bens e serviços são mais brandas. (MATOS; MATIAS, 2018).

A fim de ajudar os “consumidores de Direito” a fazerem sua escolha neste “mercado de normas”, o Banco Mundial publica todos os anos, desde 2004, no âmbito de seu programa Going Business, um relatório avaliando os direitos nacionais, tendo por referência a eficácia econômica. A base de dados cifrados assim mostrados é destinada a fornecer as “medidas objetivas” do Direito de cento e setenta e oito países (rebatizados como “economias”). Ela contém, essencialmente, indicadores estatísticos da “inflexibilidade” dos direitos trabalhistas desses países [...]. O quadro comparativo de todos os Direitos do Trabalho do mundo é construído ao redor dos seguintes indicadores: dificuldade de emprego; dificuldade de

¹² Veja-se que as condições que circundam a construção do tratado são de total e constante vilipêndio à força política Estado e à normatividade do constitucionalismo. Para tal, pode-se descrever três cláusulas nas quais centra-se o acordo, como o trinque-te, prevendo que um Estado não pode reintroduzir um obstáculo já eliminado ao comércio, tornando a desregulamentação permanente. Outra cláusula é a de manutenção do *status quo*, pela qual se o governo de determinado Estado privatizar um serviço, tal serviço não poderá mais ser estatizado, impedindo o Estado de retroceder na sua decisão inicial. A terceira cláusula é o regime de *top down* que vai além de impossibilitar a reestatização, impondo verticalmente a utilização de mecanismos que obrigam os Estados a submeter ao TISA a maior quantidade possível de serviços. (SALDANHA; MELLO; LIBERGER, 2016, p. 337-354).

prolongamento ou de redução da duração do trabalho; dificuldade econômica de demissão de um trabalhador; índice de inflexibilidade do emprego; custos de um emprego e custos de uma demissão. Compreende-se que “dificuldades” e “inflexibilidades” qualificam as regras e “custos” dos direitos protetores dos assalariados. O índice de “inflexibilidade do emprego” impõe, assim, pontos de penalidade aos Estados que admitem um excesso de direitos aos trabalhadores [...]. (SUPIOT, 2014, p. 59-60).

Tal situação, no que tange às leis trabalhistas, mostra-se com muita clareza na prática adotadas por inúmeras empresas transnacionais da área do vestuário. A indústria do vestuário é uma das mais reconhecidas por adotar práticas atentatórias contra os direitos humanos relativos aos trabalhadores. A adoção do que se chama mundialmente de empresas fastfashion é um método reconhecido pelo descumprimento de direitos dos trabalhadores, por tratar-se de uma produção em larga escala e baixo custo que atinge necessariamente todas as etapas produtivas, incluindo os gastos com a mão de obra. Marcas que são conhecidas por utilizar-se de tal metodologia são a Zara, a H&M, a Forever 21, a Gap, dentre outras. (MATOS; MATIAS, 2018).

“A busca por trabalhadores em países asiáticos e latino-americanos reflete a procura por mão de obra barata, sem proteção ou fiscalização adequada do Estado” (MATOS; MATIAS, 2018, p. 259), o que demonstra que “a fragilidade política e econômica de muitos Estados, ao longo do tempo, tem sido um fator recorrente e estimulador das ações nocivas dessas empresas especialmente pela timidez ou até mesmo inexistência de imposição de responsabilidades”. (SALDANHA, 2018, p. 210). Perceba-se que é justamente o que conforma a prática do law shopping: a opção por Estados nos quais os seus ordenamentos jurídicos, ou seja, as normas jurídico-constitucionais emanadas do Estado, ofereçam os menores entraves possíveis à atuação econômico-produtiva das empresas transnacionais, não importando se isso produz custos aos direitos humanos, pois somente não pode significar custos elevados à atuação da empresa. Com efeito:

Essas empresas tendem a dar prioridade, até certo ponto, ao Estado que possui o menor número de requisitos e os requisitos mais facilitados. Os deveres legais, no sentido mais amplo e obviamente incluindo a previdência social, obrigações fiscais e restrições ambientais, são percebidas como custos que devem ser minimizados na busca incessante da maximização do lucro. Conhecemos muito bem essa situação com a questão da “terceirização”. Essa situação competitiva leva a uma “guerra de preços” normativa, uma guerra que é ainda mais acirrada, pois a diferença entre os níveis regulatórios dos sistemas jurídicos que competem no planeta é enorme[...]. (FRYDMAN, 2014, p. 9).¹³

Nesse contexto, o Direito não opera mais como balizador da atuação do mercado a partir da constituição de um arcabouço normativo que imponha limites e deveres na atuação econômica.

¹³ Tradução livre do autor: “Those firms tend to give priority, up to a certain point, to the State that has the lowest requirements. The legal duties, in the largest sense and obviously including social security, fiscal obligations and environmental constraints, are perceived as costs that are to be minimised in the unrelenting pursuit of profit maximisation. We know this situation very well through the issue of “outsourcing”. This competitive situation leads to a normative “price war”, a war which is all the fiercer as the difference between the regulatory levels of legal systems competing on the planet is huge[...].”

O Direito acaba se sujeitando à produção de uma outra normatividade que se constrói ao arpejo da estatalidade e nas instituições democráticas, bem como quando legisla, quando atua como produtor das normas – pelo menos as tipicamente jurídicas – acaba sendo conduzido pelos indicadores e standards internacionais que se colocam como nova normatividade no âmbito das normas técnicas e de gestão que atuam sobre a estrutura e o funcionamento do Estado. De acordo com Kashiura Júnior (2019), essa movimentação em direção de uma outra normatividade faz com o que os deveres de solidariedade típicos do Estado Social (e Democrático de Direito) soçobrem frente à ordem econômica neoliberal e à atuação das empresas transnacionais, sofrendo os principais ataques os direitos trabalhistas, o direito tributário e a seguridade social pois, de acordo com os indicadores, tais direitos reduzem a eficiência econômica das empresas transnacionais.

Dessa forma, o que se vislumbra é que a normatividade “imperial” exerce um poder regulatório silencioso, pois esconde-se atrás de um aparente movimento desregulatório que implicaria a ausência de normas, para em verdade impor uma normatividade que silenciosamente governa a tudo e a todos. Nas trilhas do “Império”, o exercício normativo é um exercício do biopoder que se coloca como centro de poder e estende a sua normatividade a-normativa por sobre todo o globo terrestre. Fala-se a-normativa pois é uma normatividade que nega a sua normatividade, mas, no entanto, de maneira incisiva governa as ações dos atores privados e dos entes públicos, obrigando os Estados a seguirem os rumos traçados pelo “Império”.

Esse rumo, no que tange ao Direito, é o caminho para um espaço-tempo de concorrência generalizada entre Estados, ordenamentos normativos, sistemas jurídicos, sistemas processuais, e, também, uma concorrência entre práticas estatais no sentido de beneficiar as corporações transnacionais, fazendo com que as mesmas se instalem em seus países e violem os seus direitos. A garantia dos direitos, tipicamente função estatal, torna-se garantia dos números, ou seja, o Estado está ancorado em uma lógica de normalização de condutas e consentimento intransigente para com os interesses privados. O “Império” obriga regulatoriamente a desregulação; obriga, a partir do exercício do biopoder, que uma outra normatividade surja e se sobreponha ao Direito e aos Direitos Humanos.

Desde essa perspectiva, o cenário é de total e descontrolada desregulação em nome de uma regulação descentralizada e orientada por novos princípios e por uma nova razão. A razão neoliberal das empresas transnacionais e o princípio da concorrência ordenam a normatividade “imperial” e provocam não só o tensionamento, mas sim a ruptura para com a normatividade estatal, ou seja, com o Direito, com o constitucionalismo e com os direitos humanos. O uso das normas técnicas e de gestão, via indicadores e standards, geram um descompasso entre pensar empresarialmente e pensar juridicamente a normatividade, fazendo com que a primeira se sobreponha à segunda e crie um mercado de normatividades que devem se adaptar cada vez mais, e mais rapidamente, à normatividade “imperial” (empresarial).

Evidentemente, não se pretende com o presente trabalho negar o quadro pintado globalmente por esse novo paradigma “imperial” de soberania, um quadro que tem as cores da concorrência normativa, da multiplicidade de atores e de centros de produção e aplicação das

normas e, principalmente, de pluralidade de normas e de ordens normativas, para além das produzidas pelos Estados. Porquanto, o que se defende nesse artigo é que à concorrência deve-se antepor o diálogo de normatividades, e que esse diálogo não pode se dar ao arrepio das instituições democráticas, nem afastado da sociedade civil, e muito menos sem levar em conta os direitos humanos, seja sob um prisma nacional ou internacional de garantia e concretização.

É necessário que a Constituição ainda constitua, e que o constitucionalismo se coloque como uma trincheira – se não a última trincheira – de resistência frente à ação do “Império” através do mercado e das empresas transnacionais. A normatividade estatal deve dialogar com as novas normatividades oriundas da esfera privada e materializadas em normas técnicas e de gestão, mas jamais deve se curvar à essas novas normatividades, sendo necessário resistir à privatização do espaço público, e, nesse sentido, sobretudo do Direito. Sob essa perspectiva, quando essas novas normatividades se referirem a questões relativas ao bem-estar dos cidadãos – e aqui o termo cidadão não tem o condão de se referir somente ao cidadão de determinado Estado, mas sim, a todo e qualquer cidadão, a todo e qualquer ser humano – a construção dessas normas deve estar aberta ao debate democrático face às instituições estatais e à sociedade civil, expostas à aprovação dos que serão diretamente atingidos por essa nova normatividade.

Nesse sentido, jamais pode ser permitido que uma empresa transnacional ao se utilizar da prerrogativa de escolha que lhe cabe pela falta de uma regulamentação condizente no que tange aos direitos humanos e empresas, possa escolher uma norma ou uma ordem normativa mais benéfica para si, mas que viole os direitos humanos. Obviamente, também não pode possibilitar às empresas transnacionais a escolha de Estados débeis política e economicamente para violar direitos humanos, isso a partir da construção de um tratado internacional sobre direitos humanos e empresas (transnacionais), da mesma forma que não se pode permitir que a terceirização das funções produtivas exima as empresas transnacionais de responsabilidade em relação à violação de direitos.

Desse modo, por mais que a multiplicidade de centros de produção e aplicação normativa, bem como a pluralidade de normas, crie condições e permita a prática do law shopping, o mercado normativo estará limitado por normas nacionais e internacionais de proteção, garantia e concretização dos direitos humanos, como também à ordem constitucional de cada país. Colocando parâmetros a partir dos direitos humanos e do constitucionalismo à prática do law shopping, necessariamente caminha-se para uma prática de diálogo entre as diversas normatividades e não de sobreposição da normatividade “imperial” sobre a normatividade estatal.

Assim, o respeito à Constituição e aos direitos humanos não deve soçobrar frente às novas ordens normativas, e frente à concorrência jurídico-normativa imposta aos Estados na contemporaneidade, e frente a práticas como a law shopping, que tem o intuito único de violar direitos em nome da eficiência numérica do lucro. O constitucionalismo e os direitos humanos ainda têm espaço, e ainda têm função, e cada vez mais essa função se torna importante para resistir ao “Império” e às suas práticas, estruturas e normatividades que vilipendiam os direitos e expõem os excluídos à mais exclusão e expropriação. O constitucionalismo é a última morada

dos direitos humanos, e o Estado ainda segue sendo o lugar privilegiado de proteção, garantia e concretização desses direitos face à ação “imperial”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegando-se ao fim do presente trabalho, é possível concluir que as instituições jurídico-políticas modernas, centrando-se a análise no Estado e no constitucionalismo que com ele se relaciona, perdem o seu espaço e a sua centralidade para novos atores globais, para novas normatividades, e, principalmente para um novo paradigma de soberania que atende pelo nome de “Império”.

O paradigma “imperial” organiza e estrutura uma nova ordem normativa que se constitui a partir da ação de novos atores, principalmente as empresas transnacionais, que criam novas espécies normativas, as normas técnicas e de gestão que concorrem e se sobrepõe à normatividade jurídica. Essas novas normatividades “imperiais” são ordenadas pelo princípio da concorrência e pelo atendimento a necessidades relativas aos atores privados que passam a compor um novo cenário de lugares de produção e aplicação do direito, em que os direitos soçobram face à eficiência mercadológica medida numericamente pelo lucro.

Assim, o cenário atual ganha mecanismos de ação das grandes corporações transnacionais no sentido de burlar e fragilizar os sistemas jurídicos nacionais e internacionais, em que ocupa lugar de destaque a prática do law shopping, em que empresas transnacionais e Estados institucionalizam, estruturam e movimentam um verdadeiro mercado normativo na busca pelas maiores facilidades para a obtenção de lucro. No entanto, se a normatividade estatal se mostra atrativa para as empresas transnacionais, ela se mostra incompatível com o Direito, com a constitucionalidade e com os direitos humanos, e, é por esse motivo que cada vez mais o constitucionalismo ao invés de perder a sua importância e o seu espaço, ganha mais importância frente à ação “imperial” via empresas transnacionais e a construção de normas técnicas e de gestão a partir de standards e indicadores. O constitucionalismo e o Estado-nação tornam-se – ou deveriam se tornar – a última barreira de contenção da ação “imperial”, desempenhando papel vital na manutenção da ordem jurídica, constitucional e na proteção, garantia e concretização dos direitos humanos. Dessa forma, o constitucionalismo é que deve conduzir a relação entre a normatividade constitucional (estatal) e a normatividade “imperial” subvertendo a relação de concorrência em diálogo entre normatividades, e colocando parâmetros e limites há prática do law shopping.

REFERÊNCIAS

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (org.). **Estado & constituição**: o “fim” do Estado de direito. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018a.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O Estado de direito “confrontado” pela “revolução da internet”!. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 3, p. 876-903, dez. 2018b.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; HOFFMAM, Fernando. Por uma identidade constitucional “comum”. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, SC, v. 20, n. 3, p. 860-884, set./dez. 2015.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo (org.). **Estado e constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos**. Ijuí: Unijuí, 2013.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Gustavo Oliveira. O constitucionalismo e a internacionalização dos direitos humanos. *In*: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPETTI NETO, Alfredo (org.). **Estado e constituição: a internacionalização do direito a partir dos direitos humanos**. Ijuí: Unijuí, 2013.

BUDÓ, Marília de Nardin. “Um Massacre Silencioso Que Continua”: um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 24, n. 2, p. 483-513, maio/ago. 2019.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Cristian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; FERREIRA, Luciano Vaz. A regulação das empresas transnacionais entre as ordens jurídicas estatais e não estatais. **Revista de Direito Intermacional**, Brasília, v. 12, n. 1, p. 395-414, 2015.

FRYDMAN, Benoit. A pragmatic approach to global law. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**, Bruxelles, n. 2014/6, p. 1-17, 2014. Working paper. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

FRYDMAN, Benoit. La concurrence normative européenne et globale. **Centre Perelman de Philosophie du Droit**, Bruxelles, n. 2016/3, p. 1-19, 2016. Working paper. Disponível em: <http://www.philodroit.be/IMG/pdf/bf-concurrence-2016-3.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

FRYDMAN, Benoit. **O fim do Estado de direito: governar por standards e indicadores**. Tradução de Mara Beatriz Krug. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HOFFMAM, Fernando. **Do cosmopolitismo ao “comumpolitismo” enquanto um novo ambiente para os direitos humanos na era do Império**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

KASHIURA JÚNIOR, Celso. Do governo democrático à governança pelos números: apontamentos para uma discussão a partir de Alain Supiot. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 18, p.

343-363, 2019.

MATOS, Laura Germano; MATIAS, João Luis Nogueira. Multinacionais fast fashion e direitos humanos: em busca de novos padrões de responsabilização. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 254-268, 2018.

MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on U.S. hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Indiana, v. 10, Is. 1, p. 383-448, 2003. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>. Acesso em: 11 jan. 2020.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do direito *soft* ao direito *hard* em matéria de responsabilidade jurídica das empresas transnacionais por violação dos direitos humanos. In: BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (org). **Estado & Constituição: o “fim” do Estado de Direito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 207-231.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; MELLO, Rafaela da Cruz; LIBERGER, Têmis. Do governo por leis à governança por números: breve análise do Trade In Service Agreement (TISA), **Revista de Direito Intermacional**, Brasília, v. 13, n. 3, p. 337-354, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência política e teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

Como citar: HOFFMAM, Fernando. Normatividade imperial, law shopping e empresas transnacionais: como ficam os direitos humanos!?. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 25-48, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p25. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2020-06-26

Aprovado em 2021-09-26

**A ERA DAS CRIPTOMOEDAS E O DIREITO
SUCESSÓRIO: REFLEXOS NA (IN)
TRANSMISSIBILIDADE DO PATRIMÔNIO**

THE AGE OF CRYPTOCURRENCIES AND
INHERITANCE LAW: REFLECTIONS ON THE (NON)
TRANSFERABLE OF HERITAGE

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa*
Taisa Maria Macena de Lima**
Maria Clara Souza Alencar***

*Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
E-mail: ehobarbosa@gmail.com

**Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
E-mail: taisamacena@yahoo.com.br

***Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
E-mail: mariaclarasalencar@gmail.com

Como citar: BARBOSA, Eduardo Henrique de Oliveira; LIMA, Taisa Maria Macena de; ALENCAR, Maria Clara Souza. A era das criptomoedas e o direito sucessório: reflexos na (in) transmissibilidade do patrimônio. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 49-70, nov. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n3p49. ISSN: 2178-8189.

Resumo: As tecnologias vêm sendo desenvolvidas com uma evolução pioneira, nunca antes experimentada pela sociedade. Conforme surgem e impactam a população, precisam ser reguladas pelos países, evitando prejuízos a terceiros, em razão da omissão legislativa. Acerca do tema, aborda-se as principais características das criptomoedas; como estão sendo tratadas e reguladas por outros países; sua relação com o direito sucessório brasileiro; seus reflexos na legítima; os impasses da herança digital e assuntos correlatos. Como metodologia, utiliza-se o método teórico exploratório. Diante da recente criação das criptomoedas, muitos dispositivos legislativos ainda precisam ser alterados para que se adaptem à nova realidade. Exemplo do exposto é o direito sucessório brasileiro, que não possui dispositivos com o fim de regular a transferência patrimonial expressa em criptomoedas, uma realidade vivida por vários brasileiros. Ademais, destaca-se que o patrimônio em criptomoeda é apenas uma modalidade de herança digital, não atendida pela legislação, que se apresenta obsoleta. Percebe-se que uma atualização legal se faz necessária, para que as leis correspondam à realidade fática vivida pela população. É imprescindível que se estude as novas tecnologias: entender as criptomoedas é a única ferramenta eficaz contra a desinformação e as distorções sobre a temática, que é uma realidade do mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Bitcoin. Criptomoeda. Direito sucessório. *Droit de saisine*. Legítima.

Abstract: Technologies have been developed with a pioneering evolution, never experienced by society. As they arise and impact the population, they need to be regulated by countries, avoiding harm to third parties, due to legislative omission. The main characteristics of cryptocurrencies are addressed; how they are being treated and regulated by other countries; its relationship with Brazilian succession law; its reflexes in the legitimate one; the impasses of digital inheritance and related issues. It was used the exploratory theoretical method. In view of the recent creation of cryptocurrencies, many legislative provisions still need to be changed to adapt to the new reality. An example is the Brazilian inheritance law, which has no provisions to regulate the transfer of assets expressed in cryptocurrencies, a reality experienced by several Brazilians. Furthermore, it should be noted that cryptocurrency assets are only a form of digital inheritance, not covered by legislation, which is obsolete. It is noticed that a legal update is necessary, so that the laws correspond to the factual reality experienced by the population. It is essential to study new technologies: understanding cryptocurrencies is the only effective tool against misinformation and distortions on the subject, which is a reality in the contemporary world.

Keywords: Bitcoin. Cryptocurrency. Droit de saisine. Legitimate. Succession law.

INTRODUÇÃO

A busca incessante por melhorias inseriu o mundo em uma constante evolução tecnológica. Em razão disso, novos inventos são disponibilizados à população a cada dia. Fruto dessa evolução, surgiram as criptomoedas, que permitem a movimentação de valores de forma direta entre pessoas, com segurança e rapidez, sem que instituições robustas - como os bancos - precisem validar tais transações.

Nesse movimento contínuo de evolução, é comum que surjam incertezas acerca das novas tecnologias, principalmente em razão da escassa regulamentação. Com as moedas digitais não foi diferente, no entanto, as inseguranças iniciais foram vencidas pelas variadas vantagens por elas apresentadas.

Diante da importância que as criptomoedas assumiram na sociedade, este artigo esclarecerá suas principais características; a forma com que são tratadas em diversos países; como se deu o processo regulatório das mesmas e o modo como se relacionam com o direito sucessório do Brasil, principal tema tratado neste artigo. Como metodologia, será utilizado o método teórico exploratório.

É notório que o direito sucessório, ainda que tenha sido fundamentalmente alterado para se amoldar as novas configurações familiares, na recodificação do direito civil (com o Código Civil de 2002), esteja em descompasso com novas nuances – como é o caso da herança de bens digitais. É comum o uso para estudo, referência e construção de pensamento doutrinas clássicas, que versam sobre os pensamentos do século XIX¹, para explicar e exemplificar temáticas sucessórias contemporâneas.

Com o advento da tecnologia, o direito, por óbvio, não sairá ileso de tais transformações. No âmbito sucessório, a surpresa – e o desafio – adveio do surgimento de bens imateriais digitais. Passou a existir, então, a herança digital.

Nesse contexto – mas não só – encontram-se as supramencionadas criptomoedas. A era das moedas digitais, iniciada com o *bitcoin*, demarca um novo momento do direito sucessório: os bens patrimoniais não são mais palpáveis, quiçá transmissíveis. Seria, então, um desafio frente aos princípios clássicos das sucessões?

Há a problemática que decorre da transmissão das moedas virtuais, a começar pela própria questão da transmissibilidade e aplicabilidade do princípio de *Droit de Saisine*.

Ao longo desse artigo, abordar-se-á algumas questões atinentes a isto, principalmente no que tange à relação entre a transmissibilidade das criptomoedas e a (não) rastreabilidade, o que, por vezes, pode acarretar em uma possível mutação na ordem de vocação hereditária e, por consequência, em potencial afronta ao instituto secular da legítima.

Pretende-se, ao longo da exposição, não só apresentar novos conhecimentos e expandir

¹ Como exemplos, cita-se doutrinadores como Pontes de Miranda e Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, além do historiador Numa Denis Fustel de Coulanges. Ressalta-se que a obra de todos os citados, bem como de demais clássicos do direito e da história são excepcionais e fontes insubstituíveis de conhecimento. Todavia, conforme se defende ao longo do artigo, percebe-se a necessidade de atualização do conhecimento sobre o direito sucessório, uma vez que este não vem acompanhando as mudanças temporais.

os conceitos multidisciplinares que abordam a temática, mas também expandir os conceitos pré-determinados e ensinados pela ordem jurídica sucessória, demonstrando que o direito tem que se movimentar, para acompanhar a demanda atual e tecnológica das heranças digitais.]

1 A TRANSDISCIPLINARIDADE COMO REALIDADE: INTERSEÇÃO ENTRE O DIREITO SUCESSÓRIO E AS CRIPTOMOEDAS

À primeira vista pode parecer peculiar a escolha da temática. Todavia, as criptomoedas refletem uma realidade que já chegou ao mundo contemporâneo e o direito tem que acompanhar os novos paradigmas.

Dentro do direito, muitos seriam os aspectos relevantes para se tratar sobre as moedas digitais – as questões tributárias, por exemplo, são urgentemente necessárias. Entretanto, a herança de bens digitais também é um tema que envolve diversas nuances multidisciplinares e que pugna por respaldo jurídico-científico.

Carlos Antônio Leite Brandão, sobre as necessidades do mundo contemporâneo, ressalta que “A primeira das razões da transdisciplinaridade exigida hoje é o caráter e a amplitude dos desafios que o novo século nos apresenta. São problemas complexos e radicais que emergem e se exacerbam tanto no mundo acadêmico como fora dele [...]” (BRANDÃO, 2008, p. 19).

A importância de se estudar o impacto das criptomoedas no direito sucessório, conforme ver-se-á adiante, decorre das questões que envolvem os dois temas – conforme pode-se depreender, já, dos títulos das seções. Calânico Sobrinho Rios (2018, p. 202) pontua que

Não se pode perder de vista que esse entrelaçamento, interdisciplinar, [...] nada mais é do que o vínculo que liga Direito e Economia, em consonância com o que externa esse artigo. E, em direção a esse norte, tem-se que se estar diante da Análise Econômica do Direito e não apenas tratando de Direito stricto sensu. Como é sabido, Direito e AED são duas disciplinas distintas, mas, por tudo que foi apontado, sobretudo daquilo que se pode extrair da paralela noção aqui desenhada e que permeia a Análise Econômica do Direito e a legítima, a conclusão é óbvia. Os dois temas estão umbilicalmente ligados.

Necessário, porém, deixar claro que as peculiaridades de cada seara serão preservadas no presente trabalho – inclusive, por isto, a escolha de em um primeiro momento explanar sobre as características das moedas digitais e os aspectos legais atinentes, para em um momento posterior explicitar os problemas no campo do direito das sucessões.

Sobre o assunto, ressalta-se o indicado por Pietro Perlingieri (2002, p. 55), no sentido de que

O fracionamento da matéria jurídica e do ordenamento em ramos tem um sentido porque divide por competências e por necessidade de exposição uma matéria única em si mesma, mas não deve significar que a realidade do ordenamento é divisível em diversos setores dos quais um é totalmente autônomo em relação ao

outro, de tal modo que possa ser proclamada a sua independência.

Diante da breve introdução acerca da importância transdisciplinar de se tratar da temática das moedas virtuais e do direito sucessório, passando pela herança de bens digitais, principalmente, dá-se seguimento à temática.

2 CRIPTOMOEDAS – CONCEITO E EXEMPLOS

O surgimento do termo criptomoeda se deu em 2008, quando o pseudônimo Satoshi Nakamoto (2008), que se acredita ser um programador ou grupo de programadores, divulgou o artigo “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”² em fórum público. Apesar da divulgação do artigo ter ocorrido em 2008, apenas em 2009 a primeira criptomoeda foi disponibilizada e recebeu o nome de *bitcoin*.

O termo criptomoeda é assim definido por Nicole Fobe:

Criptomoedas são instrumentos monetários virtuais na medida em que não existem fisicamente. Sua emissão e posterior circulação são feitas integralmente via ciberespaço (motivo pelo qual essas moedas são também consideradas ‘digitais’), por meio de programas *open source*, sendo o acesso à internet imprescindível (FOBE, 2016, p. 53, grifo nosso ou do autor??).

Uma importante característica das criptomoedas pode ser retirada da definição apresentada por Nicole Fobe: a utilização de programas *open source*. Um programa *open source* não restringe sua atualização e/ou modificação aos seus criadores, pelo contrário, concede tais ações a todos os seus usuários, que terão a importante tarefa de garantir o bom desenvolvimento das criptomoedas, permitindo a esses a realização de melhorias (FOBE, 2016, p. 21).

As criptomoedas foram desenvolvidas com a mesma ideia de finitude que perpassa a extração de metais e pedras preciosas no planeta. Por essa razão, termos ligados à mineração são comumente utilizados para se referir aos procedimentos realizados na busca por novas criptomoedas. Como exemplo, o termo “mina” refere-se ao maquinário utilizado para encontrar criptomoedas; “mineradores” são os operadores das minas; e “mineração” é o processo de busca por novas criptomoedas.

Conforme novas criptomoedas são encontradas, os problemas matemáticos tornam-se cada vez mais difíceis de serem solucionados. Assim como as jazidas minerais, a cada diamante retirado do solo haverá um diamante a menos para ser encontrado, tornando ainda mais árduo o trabalho a ser desenvolvido pelos próximos mineradores. Esse mecanismo é utilizado como uma forma de evitar a inflação em uma determinada criptomoeda, mantendo estável o seu valor.
2 Tradução livre: “Bitcoin: um sistema de pagamento eletrônico ponto a ponto”.

Segundo Jerry Brito e Andrea Castillo (2013, p. 7):

The arbitrary number chosen to be the cap is 21 million bitcoins. Miners are projected to painstakingly harvest the last ‘satoshi’, or 0.00000001 of a bitcoin, in the year 2140. If the total mining power scales to a high enough level, the difficulty in mining bitcoins will have increased so much that procuring this last satoshi will be quite a challenging digital undertaking³.

Após a descoberta do último “*satoshi*”, correspondente a 0.00000001 de 1 *bitcoin*, que é a menor parte de um *bitcoin*, os mineradores não terão mais *bitcoins* a minerar. Para manter a constante solução de problemas matemáticos dos novos blocos, a remuneração desses se restringirá à porcentagem das transações registradas em um novo bloco, cujo problema matemático tenha sido solucionado.

Outra característica relevante das criptomoedas é que não possuem um órgão centralizador, como ocorre comumente com as moedas tradicionais, cujo poder de emissão está restrito ao Estado e é exercido por esse conforme a situação econômica de um país. A emissão de uma criptomoeda ocorre de forma diferente, por meio do processo de mineração, sem qualquer interferência estatal.

As transações realizadas com *bitcoin* também são efetivadas de forma específica. Em razão da inexistência de um órgão ou entidade responsável pela validação das transações, que ocorrem de uma pessoa para a outra com interferência reduzida de terceiros, duas vantagens foram atingidas. A primeira delas refere-se ao baixo custo da operação, que por envolver menos intermediários, reduz, na mesma proporção, o percentual a ser pago a esses. A segunda vantagem relaciona-se ao tempo gasto para validação da transação que, independentemente da distância entre os envolvidos, ocorrerá em média em dez minutos.

Apesar da moeda *bitcoin* ser a criptomoeda mais famosa da atualidade, várias outras foram desenvolvidas desde a sua criação. Segundo o site *Coinlib*, especialista em “*provides live and historic cryptocurrency prices, portfolio, alerts, news, charts and detailed coin data*”⁴, consultado no dia 11 de junho de 2020, existem cerca de 6.180 criptomoedas. (COINLIB, 2020)

Dentre as mais conhecidas, é possível citar *Bitcoin, Ethereum, XRP, Tether e Bitcoin Cash*. Apesar do número assustador de criptomoedas, não significa que todas possuem ou possuirão a mesma aceitabilidade do Bitcoin. Grande parte dessas moedas não sobreviverão e em breve não terão valor ou importância considerável no mercado das criptomoedas.

³ Tradução livre: “O número arbitrário escolhido para ser o limite é de 21 milhões de *bitcoins*. Projeta-se que os mineradores colham meticulosamente o último “*satoshi*”, ou 0,00000001 de um *bitcoin*, no ano de 2140. Se o poder total de mineração subir para um nível alto o suficiente, a dificuldade em minerar bitcoins aumentará tanto que a aquisição desse último satoshi será um empreendimento digital bastante desafiador”.

⁴ Tradução livre: “fornece preços ao vivo e históricos de criptomoedas, portfólio, alertas, notícias, gráficos e dados detalhados sobre moedas”.

2.1 LIBERDADE MONETÁRIA, INTANGIBILIDADE E A REVOLUÇÃO FINANCEIRA: A ERA *BITCOIN*

Os mecanismos utilizados pela sociedade como forma de pagamento e moeda sofreram constantes e importantes mudanças ao longo do tempo. Ao analisar a evolução histórica das moedas é possível perceber que o mundo, como se conhece hoje, não seria possível se o escambo ainda fosse a principal prática comercial utilizada, em que bens excedentes de uma família são trocados com os excedentes de outras famílias.

Característica de tempos mais recentes, também é difícil imaginar pagamentos com mercadorias utilizadas como moedas. Imagine a aquisição de imóveis e indústrias com valores fixados em milhões, quitados por meio de animais, como gado ou outro qualquer. Seriam necessários pátios imensos para armazenar o “pagamento”, ou melhor, o “pagamento” que restar, uma vez que por serem animais, estão sujeitos à depreciação constante.

Após muito estudo e evolução, criou-se a moeda que se tem hoje, grafada em papel específico; com valor determinado e com tamanho diferenciado. Mecanismos utilizados com o fim de evitar sua cópia e emissão irrestrita, problemas que foram superados ao longo do tempo. Hoje, a moeda representa importante papel na sociedade.

Fernando Ulrich (2014, p. 100) afirma que o “dinheiro não é um mal; é, na verdade, o bem fundamental em qualquer economia minimamente complexa. [...] Em definitivo, o dinheiro é uma das instituições mais essenciais de uma civilização; é o bem que torna possível a cooperação social em larga escala”.

Apesar dos importantes avanços presentes na história da moeda, ainda existem problemas que precisam ser solucionados. O principal deles é também o mais comum: a emissão irrestrita de moeda pelo governo. Diante de gastos que extrapolam as reservas públicas, governantes aplicam a prática usual de injetar novas cédulas na sociedade, desse modo, a dívida pode ser quitada sem que seja necessário aumentar a cobrança de impostos.

Com a inclusão de novas cédulas no mercado a economia é profundamente impactada, como esclarece Fernando Ulrich (2014, p. 105):

Há ganhadores e perdedores, nem sempre perfeitamente identificados. Enriquecem aqueles que primeiro recebem a moeda recém-criada, porque são capazes de adquirir bens e serviços aos preços ainda correntes. Estes são os recipientes mais próximos do dinheiro novo, como políticos, servidores públicos e as empresas dos setores ora beneficiados pelo gasto público. Empobrecem aqueles que por último recebem a moeda de nova criação, porque, após ela circular pela economia, o aumento da oferta monetária conduzirá necessariamente a uma diminuição no seu poder de compra, ou, o seu corolário, a uma elevação generalizada dos preços.

Se bem observado, é o trabalhador assalariado que sofrerá o maior impacto com a instabilidade econômica causada, já que seu salário não sofrerá reajustes na mesma proporção

que o valor dos bens, serviços e produtos que precisará consumir. Consequência da inflação é o agravamento da desigualdade social existente entre os cidadãos e anos de luta para que o país volte ao *status quo*, com uma economia equilibrada.

Ao permitir que a emissão de moeda esteja atrelada à vontade de um governante, que pode exigir a emissão para pagar os gastos de seu governo, o país estará sujeito à inflação. A solução que se mostra simples, retirar tal prerrogativa dos governantes, parece demasiadamente improvável, afinal, esta é uma ótima escapatória para solucionar a ausência de moderação nos gastos públicos e uma lei nesse sentido precisaria da anuência do principal prejudicado, o governante, para entrar em vigor.

Frente à necessidade de se ter uma moeda desvinculada da vontade estatal, a moeda *bitcoin* apresenta avanços consideráveis nesse sentido. Nas palavras de Fernando Ulrich (2014, p. 105):

Precisamente neste ponto jaz uma das forças do Bitcoin. Ao invés de implorar pelo respaldo legal, ele o contorna. Ao invés de pedir permissão para operar, ele simplesmente existe. O Bitcoin não é uma criatura do estado, é uma invenção e evolução do mercado que independe do consentimento do poder público. É claro que as decisões políticas podem influenciar a conduta dos indivíduos e das empresas, mas aquelas, por si só, são incapazes de coibir o livre funcionamento da moeda digital.

Sabe-se que a moeda *bitcoin* apresenta certo risco, ainda, é possível que seus valores sofram abruptas variações, como ocorrido desde sua criação. Contudo, por ser desvinculada da vontade estatal, o *bitcoin* proporciona importante evolução no ramo. Contribui significativamente para que se tenha uma moeda neutra, que atenderá às exigências do comércio e não de um político ou partido. Em razão de sua existência recente, é provável que problemas relacionados às inconstâncias sejam minimizados com o tempo.

3 REGULAÇÃO E LEGISLAÇÃO DAS CRIPTOMOEDAS

Sabe-se que o direito está sempre um passo atrás das evoluções perceptíveis no mundo. Em regra, a existência de algo não depende de sua regulamentação, que comumente ocorre após sua criação. Conforme o lapso temporal existente entre descobertas ou invenções humanas se reduz, menor é o tempo disponível para que ela seja corretamente regulamentada.

Diante do surgimento e rápida propagação das criptomoedas em escala mundial, nenhum país estava preparado, de imediato, para a regulamentação do *bitcoin*. Não haviam legislações estrangeiras que poderiam ser importadas, ou mesmo utilizadas como parâmetros para a segura

regulamentação interna. Desse modo, com o esforço individual realizado pelos países, três principais formas de se lidar com a moeda *bitcoin* puderam ser percebidas. Segundo Nicole Fobe, em um grupo de países, houve um simples reconhecimento da existência da criptomoeda, o que causou impactos pontuais na legislação interna do mesmo, que passou a prever tributação e, em alguns casos, ampliou a incidência de certas normas, como as normas penais. Neste mesmo grupo, percebeu-se a inexistência de debate jurídico acerca do caráter monetário do *bitcoin*. Brasil, Austrália e Eslovênia são exemplos do grupo. (FOBE, 2016, p. 67-68)

Em um outro grupo de países, de forma contrária ao apresentado no parágrafo anterior, a autora afirma ter ocorrido discussões significativas quanto ao caráter monetário da criptomoeda. Países enquadrados neste grupo atingiram conclusões importantes sobre a utilização do *bitcoin*, tais como: “não possui curso forçado, ou que ele não rivaliza com a moeda oficial, ou, pelo contrário, que ele rivaliza com a moeda oficial”. São exemplos desse grupo a Rússia, que decidiu proibir o *bitcoin* por considerá-lo um substituto monetário, e a Irlanda, que não o considerou como uma moeda legal do país (FOBE, 2016, p. 67-68).

Os países do terceiro e último grupo preocupam-se em estudar e monitorar as ocorrências envolvendo a criptomoeda, publicando os resultados de suas reuniões por meio de notas. Quanto às discussões realizadas, os países que representam esse grupo podem ser subdivididos em dois subgrupos, o primeiro deles realizaria discussões em âmbito legislativo, como Canadá e França, e o segundo em seus respectivos Bancos Centrais, como Reino Unido e Suécia (FOBE, 2016, p. 67-60).

Apesar da existência dos três posicionamentos citados supra, a serem adotados pelos países para lidar com as criptomoedas, não significa que seja preciso adotar apenas um, é o que Nicole Fobe chama de solução híbrida e exemplifica: “é o caso da Holanda, por exemplo, que adotou a publicação da nota de alerta, a inclusão do Bitcoin no rol de incidências tributárias específicas sem discutir seu caráter monetário” (FOBE, 2016, p. 69).

Diante da complexidade apresentada pelo tema, é normal que países utilizem os posicionamentos tratados acima conforme avancem no domínio do assunto. Sendo assim, em um primeiro contato com o *bitcoin*, seria comum o Banco Central emitir um alerta a esse respeito. Em seguida, pode-se imaginar que a moeda fosse incluída de forma pontual na legislação, tributando sua movimentação e/ou punindo condutas a ela relacionadas, mas sem demonstrar preocupações quanto ao caráter monetário da moeda. Em um último estágio, a atenção estaria voltada à classificação jurídica do Bitcoin.

Em sua análise, Nicole Fobe observou que a maior parte dos países consultados utilizaram termos genéricos para se referir à regulamentação do *bitcoin*, tais como criptomoedas e moedas virtuais. Como dito anteriormente, o número de criptomoedas cresce a cada dia, regular/proibir apenas a moeda *bitcoin* poderia ser insuficiente diante dessa realidade, o uso de termos genéricos fez-se acertado (FOBE, 2016, p. 66).

Em outro momento da pesquisa desenvolvida por Nicole Fobe, a classificação jurídica das criptomoedas foi analisada. Sete países classificam as criptomoedas como “mercadoria”. Em seguida, os termos “ativo financeiro”, “bem” e “serviço”, foram empregados por três países cada. Na seção dos termos utilizados duas vezes, percebe-se “dinheiro”, “instrumento financeiro”, “meio de pagamento” e “moeda”. Por fim, “*e-money*”, “propriedade privada”, “sistema de pagamento”, “substituto monetário” e “unidade de conta” foram empregados por apenas um país cada. Seguindo esse mesmo raciocínio, afirma:

[...] pode-se perceber que a classificação jurídica do Bitcoin está longe de ser uma unanimidade. No entanto, como ele está sendo incorporado às ordens jurídicas majoritariamente pela via do Direito Tributário, a classificação tende a ser elaborada de acordo com os termos utilizados pela legislação tributária de cada país (FOBE, 2016, p. 71-72).

Não se pode deixar de abordar os países que proibiram a utilização de criptomoedas em seus territórios. Essa dura decisão foi aplicada por 11 países que, de forma unânime, valeram-se do direito penal para aplicar multas e até mesmo pena de prisão a quem descumprir a decisão. A medida foi implantada após discussões acerca do caráter monetário do *bitcoin* (FOBE, 2016, p. 72), desse modo, tais países encontram-se no último estágio de compreensão da criptomoeda, como afirmado anteriormente.

3.1 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO MUNDO DAS CRIPTOMOEDAS

Diante das novidades apresentadas pelas criptomoedas, Nicole Fobe enumera cinco principais questões jurídicas que foram enfrentadas pelos países analisados:

[...] (a) se e como tributar as criptomoedas; (b) como qualificar juridicamente as criptomoedas; (c) como controlar atividades ilegais possibilitadas pelo ‘anonimato’ da internet; (d) como rastrear e identificar os usuários e suas transações; e (e) quando e como começar a trazer implicações jurídicas à utilização das criptomoedas (FOBE, 2016, p. 75).

Diante do interesse arrecadatário dos países, é comum que a primeira temática a ser tratada, acerca das criptomoedas, seja a tributação ou não das movimentações realizadas. Para isto, a classificação jurídica tratada no tópico anterior apresenta grande influência. Para exemplificar o exposto pode-se citar o ocorrido no Brasil que, com o fim de submeter as movimentações em criptomoedas à incidência do imposto de renda, a Receita Federal as classificou como ativo financeiro (FOBE, 2016, p. 75).

Nicole Fobe realizou importante análise acerca dos parâmetros tributários utilizados

mundialmente. Esses parâmetros foram publicados pelo *Financial Crimes Enforcement Network*, pertencente ao Ministério da Fazenda dos Estados Unidos. Da análise, é possível auferir os seguintes pontos:

[...] (1) o Bitcoin é uma propriedade privada, não uma moeda de curso forçado (moeda legal), e portanto deve ser tributado como um bem de capital; (2) o lucro proveniente da venda de Bitcoins em troca de moeda de curso forçado está sujeito a impostos incidentes sobre ganhos de capital; (3) compras de bens e serviços realizadas em Bitcoin também devem ser contabilizadas como ganhos (de capital); (4) Bitcoins e outras criptomoedas obtidas por meio de mineração são reconhecidas como renda, sendo o seu valor computado em relação ao dia que a moeda foi ‘adquirida’; (5) o equipamento utilizado na mineração de criptomoedas pode ser deduzido na categoria de bens de capital (FOBE, 2016, p. 76).

Nos países em que o uso das criptomoedas foi permitido, há uma clara preocupação com os tributos a serem recolhidos em função da movimentação dessas, em especial do *bitcoin* em razão de sua maior aceitabilidade e popularização. Posterior às implicações tributárias, é a preocupação com a licitude das transações que ganha força. Em razão das transações ocorrerem de forma anônima e da inexistência de um órgão fiscalizador, responsável por validar e controlar as transações em criptomoedas, essas podem ser facilmente utilizadas para movimentar valores adquiridos por meios ilícitos e realizar pagamentos por produtos de comercialização restrita ou proibida.

O uso da moeda em espécie sempre foi uma característica de quem, por algum motivo, precisou esconder recursos financeiros. Isso ocorre, pois a cada movimentação financeira bancária um registro é feito no sistema. Com a utilização do dinheiro em espécie, registros não são feitos, tornando quase impossível de rastrear e encontrar provas que confirmem as movimentações.

As criptomoedas unem a facilidade, presente nas movimentações bancárias virtuais, ao pseudoanonimato, típico da movimentação de dinheiro em espécie. Assim, tornaram-se um eficaz mecanismo para o cometimento de ilícitos. Importante observar que foi utilizado o termo pseudoanonimato para se referir às criptomoedas, isso ocorre em razão de todos os registros relacionados às criptomoedas serem gravados em um livro-razão de acesso público, o *blockchain*. Nas palavras de Fernando Ulrich (2014, p. 32):

O Bitcoin, por outro lado, é uma moeda descentralizada aberta que fornece um registro público de todas as transações. Lavadores de dinheiro podem tentar proteger seus endereços de Bitcoin e suas identidades, mas seus registros de transações serão sempre públicos e acessíveis a qualquer momento pelas autoridades. Lavar dinheiro por meio do Bitcoin, então, pode ser visto como uma empreitada muito mais arriscada do que usar um sistema centralizado como

o Liberty Reserve. Ademais, diversas casas de câmbio de bitcoins têm tomado as medidas necessárias para estar em dia com as regulações e exigências das autoridades no que tange ao combate à lavagem de dinheiro. A combinação de um sistema de registro público (o livro-razão do Bitcoin, ou o blockchain) com a cooperação das casas de câmbio na coleta de informações dos usuários fará do Bitcoin uma via relativamente menos atrativa aos lavadores de dinheiro.

O autor tem razão ao afirmar que a cooperação das casas de câmbio somada à transparência dos registros públicos, diminuirá a atratividade para quem queira cometer ilícitos por meio das criptomoedas. No entanto, ao utilizar o sistema de chaves pública e privada, assim como o *mixing* fornecido por várias carteiras, a rastreabilidade das criptomoedas é reduzida drasticamente, garantindo o anonimato a quem queira dele se beneficiar.

4 O DIREITO SUCESSÓRIO E A HERANÇA DIGITAL – ENQUADRAMENTO DAS CRIPTOMOEDAS E PROBLEMÁTICAS

Com a morte, tem-se a abertura da sucessão e, conforme ver-se-á brevemente, há a transmissão automática dos bens aos herdeiros do falecido. Uma vez que o autor da herança possuía ativos em criptomoedas, tais bens incorporam-se ao espólio, fazendo parte da massa patrimonial, afinal, “Os bens tecnodigitais poderiam ser objeto de sucessão? Indubitavelmente sim, especialmente se o ativo tem caráter patrimonial” (LACERDA, 2016, p. 130).

Existe, portanto, a herança dos bens digitais – sendo, evidentemente, as moedas virtuais, um desses bens. Nathália de Campos Valadares (2019, p. 130) elucida que:

Herança virtual pode ser definida como o conteúdo que se encontra armazenado/incluído em meios eletrônicos do falecido. Esses bens/direitos podem ser divididos em bens digitais de cunho patrimonial, existencial e patrimonial-existencial. Os bens/contêúdos que geram repercussões econômicas imediatas são os de cunho patrimonial. Entre eles, pode-se citar as milhas áreas e moedas virtuais eis que nítido o caráter econômico. O posicionamento majoritário é de que tais bens devem ser transmitidos aos herdeiros/legatários [...].

Não há dúvidas que existam outros tipos de bens digitais que devem compor o patrimônio sucessório, como as milhas aéreas e até mesmo conteúdos de redes sociais. Sobre as moedas virtuais, Bruno Torquato Zampier Lacerda é categórico ao reconhecer o caráter patrimonial destas, caso contrário, não estariam sendo regulamentadas pelos bancos centrais de diversos países, e defende a necessidade de serem transmitidas pelo direito de *saisine* aos herdeiros de seu titular (LACERDA, 2016, p. 132).

Entretanto, apesar de poder ser óbvia a constatação de que as criptomoedas fazem parte de um montante ativo a ser herdado pelos herdeiros do falecido, as implicações práticas deste

tipo de patrimônio podem ser bem mais complexas do que o mero direito sucessório. Inclusive pelo fato de não haver regulamentação no Brasil, o que destaca Bruno Torquato Zampier Lacerda (2016, p. 193):

Ante a ausência de regulamentação legislativa específica do tema no Brasil, até o presente momento, e da não confecção, na maior parte dos casos, de testamentos comuns ou digitais, a questão que se coloca é: como devem ser resolvidos os problemas crescentes ligados ao destino dos ativos digitais. Há uma verdadeira lacuna legal, que dificilmente poderá ser preenchida pela simples aplicação dos tradicionais recursos previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Tal ausência de regulamentação remonta à “insegurança jurídica [no Brasil], na medida em que não se tem regulamentação específica e há controvérsias em relação à aplicação (ou não) das regras clássicas de sucessão à herança digital. Poucos ainda são os julgados a respeito” (MENDES; FRITZ, 2019, p. 191).

Conforme mencionado pelo autor, diante das lacunas legislativas e da novidade temática, passa-se à abordagem das principais problemáticas atinentes à herança de moedas digitais.

4.1 A LEGÍTIMA COMO AFRONTA À AUTONOMIA PRIVADA E A TRANSMISSÃO DE CRIPTOMOEDAS

No direito das sucessões, um instituto bastante controverso é o da legítima. A legítima, em termos bem gerais, consiste na manutenção de, pelo menos, metade do patrimônio do autor da herança, reservando-o aos herdeiros legítimos e necessários⁵ (BRASIL, 2002).

Dessa forma, não é permitido que uma pessoa disponha de seu patrimônio, ainda em vida, de modo que este diminua em mais de cinquenta por cento do total, que é o montante protegido pela legítima. Aqui, cuida-se para evidenciar que o direito à herança surge somente no momento da morte da pessoa que detém o patrimônio, de modo que não é possível, de acordo com o Código Civil, estabelecer limites contratuais ao patrimônio da pessoa: “Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva” (BRASIL, 2002).

É o que se chama na doutrina de *pacta corvina*. Todavia, ressalta-se o dispositivo legal do códex privado que impossibilita a doação que exceda a parcela da legítima: “Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, Flávio Tartuce (2018, p. 726) indica que

Segundo o art. 549 do CC/2002, é nula a doação quanto à parte que exceder o limite de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Essa doação, que prejudica a legítima, a quota dos herdeiros

⁵ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

necessários, correspondente a 50% do patrimônio do disponente, é denominada doação inoficiosa.

Pretende-se, assim, preservar a unidade familiar, ainda após a morte, resguardando aos herdeiros o patrimônio do ascendente, descendente ou cônjuge/companheiro - que são os herdeiros necessários. (BRASIL, 2002). Sobre o assunto, remonta à antiguidade as tentativas de utilizar da sucessão para dar a continuidade ao seio familiar. Fustel de Coulanges (2009, p. 86), indica que

Para ter uma ideia verídica da herança entre os antigos, não se deve imaginar uma riqueza que passa de mão em mão. A riqueza é imóvel, como o lar e o túmulo a que está ligada. O homem é que passa. O homem é que, à medida que a família atravessa suas gerações, chega na hora marcada para continuar o culto e cuidar das terras.

Destarte, até a contemporaneidade se vislumbra o caráter de proteção e de continuidade à família através do direito sucessório, o que pode ser confirmado no próprio instituto da legítima, conforme exposto.

Entretanto, a imposição de se respeitar a legítima, ou seja, de não poder dispor livremente de um patrimônio que é exclusivamente da pessoa, também pode ser interpretado como uma afronta à autonomia privada, sendo o direito de dispor da própria fortuna um ato de última vontade e de expressão do individualismo (MAXIMILIANO, 1964, p. 27).

Nessa seara, compreende-se adequado trazer o conceito de *autonomia privada*, que é explicitada por Pietro Perlingieri (2002, p. 17) como

[...] pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.

Com o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, a autonomia privada passa a ser pilar nas relações privadas, inclusive para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, garantido na carta constitucional, por possibilitar que o indivíduo tenha liberdade na autodeterminação dos atos de sua vida civil.

Consoante ao exposto, Gabriela Mascarenhas Lasmar reconhece a proteção conferida pela Constituição de 1988, especialmente em seu artigo 226, à família pelo Estado. Além do mais, defende que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição. Ao tratar do Código Civil de 2002, a autora defende que este precisa deixar de lado a visão patrimonialista de seu antecessor, o Código Civil de 1916, para aplicar uma visão em prol da pessoa humana em conformidade com os dispositivos constitucionais (LASMAR, 2019, p. 37). Na prática, não são poucas as tentativas de burlar as regras sucessórias impostas com a legítima: doações em vida e criação de pessoas jurídicas

familiares são exemplos corriqueiros, e a utilização de criptomoedas como parte do patrimônio da pessoa é uma nova forma de, potencialmente, esquivar de tal engessamento legal. Sobre o tema, Gabriela Mascarenhas Lasmar aponta, corretamente, que, “Tendo em vista as rápidas e constantes transformações ocorridas no Brasil faz-se necessário repensar o instituto da legítima no direito sucessório brasileiro” (LASMAR, 2019, p. 39).

Conforme dito, nenhuma pessoa pode, em vida, alienar ou doar seu patrimônio em mais do que metade da totalidade dos bens - para preservar a legítima. Todavia, com a compra e venda de criptomoedas essa pessoa está, em realidade, realizando transações com o próprio patrimônio (como uma prática comum do mercado de ações).

Imagine-se, então, a situação de que o indivíduo coloca parte considerável de seu patrimônio em moedas digitais, inclusive excedendo a cota de legítima. Isso estaria dentro da legalidade, pois ocorreu uma sub rogação dos bens da pessoa, de dinheiro físico, para o dinheiro digital. Nessa situação, como ficaria a questão da herança caso o proprietário dessa *wallet* falecesse, estando, assim, com toda ou considerável parte dos seus bens em criptomoedas? É nítida que a legítima fora prejudicada.

A título exemplificativo, Marcelo Trussardi Paolini e Maria Paula Meirelles Thomaz de Aquino (2019, p. [1]) indicam dois casos inesperados:

Nada obstante, o tratamento jurídico brasileiro sobre o tema é, ainda, bastante escasso, o que exige de seus investidores certas condutas que visem assegurar e garantir o direito de transmissão aos herdeiros, evitando os riscos decorrentes da ausência de proteção do Estado.

A título de exemplo, e conforme amplamente divulgado pela imprensa, o caso de Gerald Cotten, fundador da prestigiada corretora canadense de criptomoedas QuadrigaCX, é interessante para ilustrar os reais problemas decorrentes da ausência de um planejamento sucessório na seara das criptomoedas.

Em dezembro de 2018, o Sr. Cotten, o único detentor da senha para acesso aos ativos digitais da empresa, faleceu repentinamente. Diante da impossibilidade de recuperação da senha através do sistema, e pela ausência de planejamento, a corretora sofreu uma perda de US\$ 190 milhões armazenados, prejudicando em torno de 115 mil clientes.

Situação semelhante também ocorreu com um dos investidores pioneiros em criptomoedas, Matthew Moody, que morreu em um acidente de avião e não cedeu suas senhas de acesso à carteira digital a ninguém. Novamente, todo o investimento realizado se tornou permanentemente inacessível.

Nos casos acima, não é possível saber, com as informações superficiais, se ocorreu uma extrapolação da legítima. Mas imagine-se que sim: dessa forma, além da cota dos herdeiros não ter sido respeitada, tais herdeiros quiçá poderão ter acesso ao patrimônio, uma vez que não foi possível recuperar a chave de acesso.

Tem-se, então, nova possibilidade perante às criptomoedas: além da possível inobservância da legítima, a alteração na ordem de vocação hereditária - como se verá em tópico infra. Em ambas as situações, verifica-se que a autonomia privada do autor da herança fora respeitada, qual seja a

de manter seus bens em meio digital. É claro que é possível que, mesmo com a sub rogação do patrimônio em tais bens, o de cujus ainda assim quisesse que seus herdeiros recebessem. Nesse sentido, para resguardar tanto a autonomia do falecido, quanto a última vontade de deixar a herança, é

[...] imprescindível que o investidor elabore um plano claro e objetivo de transmissão das criptomoedas, e, especialmente, que informe aos herdeiros onde localizá-las, quais as plataformas/sistemas utilizados para o seu armazenamento e como se dará seu acesso técnico (acesso a chaves e senhas) (PAOLINI; AQUINO, 2019, p. [1]).

Diante do exposto acerca da legítima, passa-se agora à explanação sobre a ordem de vocação hereditária e a herança digital.

4.2 A (NÃO)RASTREABILIDADE COMO POSSIBILIDADE DE MUTAÇÃO NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Conforme previamente abordado, o cônjuge/companheiro, os descendentes e os ascendentes compõem os herdeiros legítimos e necessários. Sobre a ordem de vocação hereditária, o *códex* brasileiro indica, nos artigos 1.829 a 1.844, que a ordem de chamamento é dos descendentes (com direito concorrencial ao cônjuge, a depender do regime de bens do casamento), dos ascendentes (igualmente com concorrência do cônjuge), do cônjuge sozinho em terceira posição e, por fim, dos colaterais até o quarto grau (BRASIL, 2020). Essa ordem é imperiosa, principalmente no que tange à sua combinação para com a cota da legítima – já supra explanada.

Nesse sentido, conforme dito, a herança de moeda digital é realidade. Todavia, uma de suas características tem sido motivo de diversos problemas no assunto. Nathália de Campos Valadares (2019, p. 131-132) aponta que, como

[...] as moedas virtuais têm tomado no cenário econômico e jurídico, a Revista Época (2018) trouxe interessante reportagem sobre esse bem digital. Nessa oportunidade, retratou o caso de um americano que tinha conhecimento de que seu filho possuía moedas virtuais, entretanto, com o falecimento dele, não conseguiu de forma alguma ter acesso a elas.

‘Há cinco anos, Matthew Moody, de 26 anos, morreu em um acidente de avião quando sobrevoava um cânion em Chico, na Califórnia. Seu pai, Michael Moody, sabia que o filho estava minerando bitcoins — que hoje valem milhares de dólares cada um —, mas não tinha ideia quantos ou como encontrá-los. Michael Moody passou os últimos três anos procurando as respostas. Meu filho foi uma das primeiras pessoas a buscar bitcoins. Ele usava seu computador de casa para minerar bitcoins, quando isso era possível, e tinha alguns, disse Moddy, um engenheiro de softwares aposentado. A natureza descentralizada e desregulada do bitcoin significa que, sem as senhas para ter acesso à carteira digital do seu filho,

instalada no blockchain.info, Moody não tem como ter acesso a nenhum recurso.

No caso acima, a situação foi de morte não esperada, de modo que a senha de acesso não fora repassada para ninguém. Porém, há ainda a possibilidade de o detentor de quantia em criptomoeda não querer que a chave seja acessível aos seus herdeiros, visto que “O grande problema [...] é a extrema dificuldade de se obter a chave de acesso e/ou saber onde estão armazenadas sem que tais informações sejam repassadas pelo proprietário das moedas” (VALADARES, 2019, p. 132).

Veja-se, pois, a seguinte situação: uma pessoa detentora de considerável montante de criptomoedas falece, deixando, então, tal patrimônio digital. Contudo, a *key* dessa *wallet* - conceitos explicados supra - fora deixada para alguém que não seu herdeiro necessário, mas sim um terceiro. Para resolver tal questão, Nathália de Campos Valadares defende ser necessário incluir cláusula testamentária informando senha e login aos herdeiros, quando tratar-se de bens virtuais patrimoniais, caso contrário, dificilmente os herdeiros terão acesso a estes, colocando em risco sua transmissibilidade. Pontua a autora que isto é necessário em razão dos empecilhos quanto à rastreabilidade dos bens virtuais que, como visto, não ocorre conforme parâmetros de bens comuns (VALADARES, 2019, p. 132).

Entretanto, não parece ser tão simples a solução, visto que, apenas nessa seção já se citou duas situações que iriam além da mera cláusula testamentária: a primeira é a da morte inesperada ou súbita, quando a pessoa até tem a intenção de deixar os bens digitais para seus herdeiros, contudo ainda não teve o tempo de fazer o testamento, tampouco de repassar a *key*; a outra é ainda mais complexa, pois decorre da opção feita pelo autor da herança de não deixar a chave de acesso aos seus herdeiros, por não querer que estes tomassem para si o patrimônio deixado em criptomoedas.

Dessa forma, verifica-se não só a atuação plena da autonomia privada do *de cuius*, como também o possível afronte à ordem de vocação hereditária e até mesmo a extrapolação da legítima, resultando, assim, em outra problemática: a inobservância do princípio milenar de *Droit de Saisine*.

4.3 O PRINCÍPIO DE DROIT DE SAISINE E AS CRIPTOMOEDAS: AFRONTA AO PRINCÍPIO OU SOLUÇÃO PARA AUTONOMIA?

O princípio de *Droit de Saisine* determina que automaticamente, com a morte, o patrimônio do autor da herança imediatamente passa aos seus herdeiros⁶ (BRASIL, 2020). O objetivo por trás do princípio da *Saisine* remonta às épocas antigas. É o que defende Calânico Sobrinho Rios, ao afirmar que esse princípio foi criado para que não se aplicasse a regra feudal, que, com a morte dos servos, defendia a transmissão dos bens desses aos seus respectivos senhores feudais, prejudicando os herdeiros dos primeiros (RIOS, 2018, p. 203).

Complementando que, evidentemente, “pela inclusão feita no artigo 1.784, os herdeiros

⁶ Indica o Código Civil em seu artigo 1.784: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

necessários, descendentes, ascendentes e cônjuge supérstite, já são donos e possuidores do acervo deixado pelo findo” (RIOS, 2018, p. 203).

O *Droit de Saisine* é um bom exemplo da ausência de autonomia privada do autor da herança, uma vez que, quando da sua morte, independentemente de sua vontade pessoal – ainda que conhecida em vida pelos seus entes e amigos -, seu patrimônio será transmitido aos seus herdeiros, observando a ordem de vocação hereditária e a parcela da legítima, mesmo se presente um testamento (pois este deverá observar, também, tais imposições).

Todavia, conforme já explanado nas seções acima, concernente às problemáticas atreladas à herança das moedas digitais, o princípio milenar da automação e imediaticidade na transmissão do patrimônio pode sofrer com as novas práticas digitais.

Sobre isso, Nathália de Campos Valadares complementa, afirmando que o problema reside na necessidade do proprietário de bens digitais compartilhar informações como login e chave de segurança com seus familiares para que, diante de seu falecimento, possam realizara a transmissão do patrimônio. O não compartilhamento de tais informações prejudica a transmissão bens e direitos, que se tornará quase impossível (VALADARES, 2019, p. 144).

Tal situação, em realidade, trata de uma quebra de paradigma no contexto do direito sucessório não só brasileiro, mas mundial. Isso porque sempre se considerou que o patrimônio automaticamente passasse aos herdeiros, nunca ficando um patrimônio sem titularidade – e, ainda nos casos de herança vacante ou jacente, há destinação do patrimônio no fim das contas. É o que indicam Ana Maria Alves Machado e Hugo Rios Bretas, ao afirmar que aos herdeiros transmite-se o patrimônio do falecido no momento de sua morte, não podendo ficar a herança sem um titular, entendimento consagrado pelo princípio de Saisine (MACHADO; BRETAS, 2019, p. 106).

Sobre a transmissibilidade, há o projeto de Lei 4099/12, do deputado Jorginho Mello (BRASIL, 2012a), que visa alterar o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil. A proposta do parlamentar foi feita no sentido de acrescentar ao art. 1788 do referido *códex* o parágrafo único dispondo que “serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança” (ALMEIDA, 2017, p. 77).

Ademais, há também o projeto de Lei 4847/12, do deputado Marçal Filho, que acrescenta o Capítulo II-A e os artigos 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil, trazendo a temática da herança digital (BRASIL, 2012b).

As propostas parecem interessantes e determinadas em resolver a questão da transmissibilidade, obedecendo, assim, ao que preceitua o princípio da *saisine*. Entretanto, parecem propostas ingênuas uma vez que não se atentam aos limites de tal transmissão – como no caso das criptomoedas, em que a rastreabilidade do ativo pode ser, praticamente, impossível ou, ainda, nos casos em que não se tem acesso à chave da carteira.

Em relação aos bens tecnodigitais de natureza patrimonial – como perfis privados em redes sociais, fotos, *e-mails*, etc – Bruno Torquato Zampier Lacerda já indica que há, neles, uma exceção ao *Droit de Saisine*: “Já quanto aos bens tecnodigitais existenciais, como afirmado anteriormente, não seria possível, como regra a sua sucessão, não se aplicando aqui o princípio de

saisine, previsto no art. 1.784, CC” (LACERDA, 2016, p. 172).

É plenamente compreensível que as criptomoedas integrem uma parte dos bens digitais patrimoniais – e não existenciais⁷. Não há dúvidas que, uma vez que as moedas digitais tenham um ativo financeiro e um valor patrimonial considerável, deveriam configurar como bens herdados na sucessão, a exemplo similar das milhas aéreas.

Porém, diferentemente das milhagens, as criptomoedas contam com a dificuldade no rastreamento e com a possibilidade de se entregar a chave de acesso à alguém que não um herdeiro necessário – e mais, sem que ninguém saiba quem é a pessoa com o acesso, tampouco onde ela se encontra.

Destarte, “Tratar um fenômeno novo à luz da centenária construção do direito de saisine não parece ser a melhor solução” (LACERDA, 2016, p. 194). Evidentemente que se deve encontrar uma solução, uma vez que as moedas digitais são ativos patrimoniais e que o direito sucessório determina que o patrimônio do *de cuius* seja transmitido aos herdeiros necessários preservando a legítima de cinquenta por cento do patrimônio.

Bruno Torquato Zampier Lacerda (2016, p. 197) indica que boas soluções decorrem da tradição incorporada pelo intérprete ao longo de sua vida, assim, a inexistência desta tradição digital no intérprete causará a aplicação do princípio de saisine, em que se concede a ultrapassada visão de transmissibilidade a qualquer tipo de bem.

De tal maneira, é urgente que o direito sucessório brasileiro se (re)posicione quanto às regras de transmissibilidade, uma vez que há novas tecnologias que desafiam a ordem tradicional e historicamente imposta, demonstrando que não é mais possível se manter com os mesmos posicionamentos e regulamentações antigas – prática comum no direito das sucessões, que tende a se manter o mesmo ao longo das mudanças temporais -, tampouco adianta apresentar soluções ingênuas, que já nascem ultrapassadas perante aos desafios das heranças dos bens tecnodigitais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao criar a criptomoeda bitcoin, Satoshi Nakamoto deu origem a um importante avanço tecnológico, que restará marcado na história da humanidade ao lado de outros inventos imprescindíveis à população. Sua perspicácia ao desenvolver uma moeda cuja criação e controle independem da vontade estatal, permite que a população utilize uma moeda pura, interligada aos incentivos do mercado e desvinculada de interesses partidários.

Como visto, cada nação trata das criptomoedas de um modo e situam-se em uma fase distinta de aplicação e análise do tema. Alguns países optaram por proibir sua utilização, enquanto outros a permitiram. Da mesma forma, há aqueles que analisaram o tema com maestria, enquanto outros não se deram ao trabalho.

O surgimento das criptomoedas desencadeou importantes consequências jurídicas. Nos

⁷ Para maior aprofundamento nos conceitos, sugere-se a leitura de Lacerda (2016).

países que permitiram o seu uso, em sua maioria, a regulamentação se deu por meio do direito tributário, em razão dos interesses arrecadatários dos países. Já nos que as proibiram, recorreu-se ao direito penal para tanto.

Conforme pretendia-se, restou-se demonstrado a obsolescência do direito sucessório frente às novas realidades contemporâneas. As criptomoedas, quanto herança digital, são apenas um pontapé no mundo novo de bens a serem transmitidos por sucessão que não se adequam às normas dantes estabelecidas.

É urgente a reflexão sobre a legislação privada de ordem sucessória, uma vez que não é mais possível adequar velhos princípios e leis, às novas ordens de relação dos seres humanos para com seus bens.

Ademais, é importante reavaliar institutos como a legítima e princípios seculares que versam sobre a transmissibilidade imediata dos bens, uma vez que – evidentemente –, tais institutos não acompanham as modificações de ordem tecnológica e também de ordem social, como a concepção, antes impossível, de que nem sempre o autor da herança pretende deixar seus bens para seus herdeiros necessários.

Para que as criptomoedas saiam de um estigma de serem usadas para burlar legislações e sistemas engessados, é preciso encará-las como, sim, um desafio, mas principalmente como o futuro que irá permear diversas relações jurídicas.

Não se pode temer as porvindouras situações que a tecnologia traz e, com isso, afastar da realidade e manter uma ordem jurídica obsoleta. Não, em verdade é preciso pesquisar, refletir, debater e, sim, cambiar ordens que são mutáveis, de acordo com as necessidades fáticas e que refletem uma nova concepção jurídica – tal como está acontecendo com o direito sucessório.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

BRANDÃO, Carlos Antônio Leite. A transdisciplinaridade. *In*: PAULA, João Antonio (org.). **A transdisciplinaridade e os desafios contemporâneos**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008. p. ini-fim.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012a.

BRASIL. Câmara dos deputados. **PL 4847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012b. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:camara.deputados:projeto.lei;pl:2012-12-12;4847>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**,

Brasília, 11 jan. 2002.

BRITO, Jerry; CASTILLO, Andrea. **Bitcoin: a primer for policymakers**. 2. Ed. [S. l.]: Mercatus Center, 2013.

COINLIB. **Coins**. 2020. Disponível em: <https://coinlib.io/coins>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FOBE, Nicole Julie. **O Bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos**. 2016. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016.

FUSTEL DE COULANGES. Numa Denis. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A tutela dos bens tecnodigitais: possíveis destinos frente à incapacidade e morte do usuário**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

LASMAR, Gabriela Macarenhas. Análise crítica sobre o instituto da legítima no Brasil. *In*: RIOS, Calânico Sobrinho; LASMAR, Gabriela Mascarenhas; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson (coord.). **Relações familiares e o direito sucessório**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019. p. ini-fin.

MACHADO, Ana Maria Alves; BRETAS, Hugo Rios. Ensaio sobre (in)congruência da usucapião entre herdeiros. *In*: RIOS, Calânico Sobrinho; LASMAR, Gabriela Mascarenhas; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson (coord.). **Relações familiares e o direito sucessório**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019. p. ini-fin.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: corte Alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **RDU**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan./fev. 2019.

NAKAMOTO, Shatoshi. **Bitcoin: um sistema de dinheiro eletrônico peer-to-peer**. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

PAOLINI, Marcelo Trussardi; AQUINO, Maria Paula Meirelles Thomaz de. **Planejar ou perder: o impacto das criptomoedas no direito sucessório**. Brasília: Anoreg, 2019. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2019/08/30/artigo-planejar-ou-perder-o-impacto-das-criptomoedas-no-direito-sucessorio-por-marcelo-trussardi-paolini-e-maria-paula-meirelles-thomaz-de-aquino/>. Acesso em: 9 jun. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RIOS, Calânico Sobrinho. As (des)vantagens da legítima: num breve transitar pela análise econômica do direito. *In*: DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; ZANETTI, Matheus Felipe Moreira (org.). **Reflexões de direito civil contemporâneo**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. p.187-212. Disponível em: <https://www.editorafi.org/406direito>. Acesso em: 10 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin**: a moeda na era digital. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014.

VALADARES, Nathália de Campos. Herança digital: a morte e a (in)transmissibilidade de conteúdos digitais. *In*: RIOS, Calânico Sobrinho; LASMAR, Gabriela Mascarenhas; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson (coord.). **Relações familiares e o direito sucessório**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2019. p. ini-fin.

Como citar: BARBOSA, Eduardo Henrique de Oliveira; LIMA, Taisa Maria Macena de; ALENCAR, Maria Clara Souza. A era das criptomoedas e o Direito Sucessório: reflexos na (in)transmissibilidade do patrimônio. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 49-70, nov. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n3p49. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2020-08-19

Aprovado em 2021-09-26

**A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PARA OS
CONTRATOS DE INVESTIMENTO NO BRASIL:
VANTAGENS EM RELAÇÃO AO PROCEDIMENTO
JUDICIAL**

**THE USE OF ARBITRATION FOR INVESTMENT
CONTRACTS IN BRAZIL: ADVANTAGES OVER THE
JUDICIAL PROCEDURE**

Danilo Henrique Nunes*
Carlos Eduardo Montes Netto**
Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira***

*Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto Professor de cursos de graduação e de pós-graduação do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto
E-mail: dhnunes@hotmail.com

**Doutorando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto Professor na Universidade Paulista e na Universidade de Ribeirão Preto
E-mail: carlosmontes3@hotmail.com

*** Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Professor Titular do Programa de Doutorado, Mestrado em Direito e graduação da Universidade de Ribeirão Preto
E-mail: olavoferreira@hotmail.com

Como citar: NUNES, Danilo Henrique; MONTES NETTO, Carlos Eduardo Montes; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A utilização da arbitragem para os contratos de investimento no brasil: vantagens em relação ao procedimento judicial. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 71-91, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p71. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Nos últimos tempos, tem-se observado expressivo aumento no número de investidores e de dinheiro investido em aplicações financeiras ao redor do mundo, inclusive no Brasil, justificando o estudo da arbitragem como forma adequada de resolução dos conflitos que irão surgir, considerando que a justiça estatal sempre foi alvo de críticas, especialmente pela demora na solução dos casos que lhe são submetidos, o que pode gerar um ambiente de insegurança para a atração de novos investimentos. Neste sentido, o presente artigo tem por objeto analisar as vantagens da arbitragem como forma adequada de resolução de controvérsias envolvendo investimentos em comparação com a justiça estatal. Buscando alcançar esse objetivo, realizou-se uma revisão de literatura e um levantamento de dados envolvendo os fenômenos relacionados ao tema, utilizando-se do método hipotético-dedutivo. Ao final, os resultados apontaram que a arbitragem constitui um mecanismo mais adequado para a efetivação dos direitos dos investidores, apresentando-se como mais benéfica do que o processo judicial.

Palavras-chave: Vantagens da arbitragem. Investimentos. Solução de controvérsias.

Abstract: Recently, there has been a significant increase in the number of investors and in money invested in financial investments around the world, including in Brazil, justifying the study of arbitration as an adequate way to solve the conflicts that will occur, considering that justice always the status was criticized, especially due to the delay in solving the cases, which can create an environment of insecurity for attracting new investments. In this sense, this article aims to analyze the possible advantages of using arbitration as an appropriate form of dispute resolution in comparison with state justice. Seeking to achieve this goal, a literature review and a data survey involving the phenomena related to the topic were carried out, using the hypothetical-deductive method. In the end, the results showed that arbitration is a more adequate mechanism for the realization of investors' rights, presenting itself as more beneficial than the judicial process.

Keywords: Advantages of arbitration. Investments. Dispute resolution.

INTRODUÇÃO

No plano internacional, a globalização modificou as relações entre os Estados, alterando ainda, de maneira substancial, a dinâmica dos investimentos estrangeiros. No passado, era comum apenas os Estados desenvolvidos remeterem capital para os Estados em desenvolvimento ou subdesenvolvidos. Nos dias atuais, passou-se a observar a presença de outros atores nesse segmento, com o ingresso de particulares, bancos e empresas como provedores de capital para investimento e também um fluxo de capital no sentido inverso, já que os Estados importadores de capital também possuem empresas e investidores privados extremamente capitalizados e com ânimo para investir em outros territórios (HERNANDES NETO, 2011, p. 6).

Tornaram-se frequentes notícias de investidores que perderam seu patrimônio em países estrangeiros em razão de medidas arbitrárias e hostis ao capital estrangeiro, gerando desconfiança por parte dos investidores e dos países exportadores de capital (GIUSTI; TRINDADE, 2005). Ao verem seus investimentos desapropriados pelos governos de países que receberam tais recursos, os investidores vivenciavam uma situação de impotência, em que não dispunham de instrumentos eficientes para reaver o que perderam (GIUSTI; TRINDADE, 2005). Nesse cenário, as partes dispunham apenas da proteção diplomática ou dos tribunais nacionais para solucionar os seus conflitos (HERNANDES NETO, 2011, p. 6).

A proteção diplomática se revelava deficiente (sujeitando-se ao arbítrio dos governantes) e a judicial esbarrava em grandes entraves, como questionamentos sobre a neutralidade do foro, sobretudo se o foro escolhido fosse o do local do investimento, com a possibilidade de os tribunais estarem sujeitos a pressões políticas. Caso se optasse pelo foro de um terceiro Estado (neutro), dificilmente a decisão seria executada voluntariamente pela parte sucumbente e a decisão poderia representar apenas uma vitória moral (GIUSTI; TRINDADE, 2005).

Como os mecanismos de proteção aos investimentos não ofereciam segurança razoável, evidenciou-se a necessidade de um foro no qual investidores e Estados pudessem resolver suas avenças, surgindo o Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID), entidade vinculada ao Banco Mundial (GIUSTI; TRINDADE, 2005).

Por intermédio do ICSID, os investidores passaram a contar com uma instituição especializada na solução de controvérsias relacionadas a investimentos estrangeiros, com acesso ao Estado receptor, deixando os investidores de depender dos seus Estados de origem para reclamar eventual expropriação (HERNANDES NETO, 2011, p. 6). No entanto, por questões que transcendem aos contornos do presente estudo, o Brasil não subscreveu a Convenção de Washington.

No âmbito interno, segundo pesquisa realizada pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (Anbima), o volume aplicado por pessoas físicas em produtos financeiros aumentou 8,4% em 2019 e alcançou R\$ 3,1 trilhões no mês de setembro, representando a soma de mais de 79 milhões de contas dos segmentos de varejo e de “private

banking” das instituições financeiras (COTIAS, 2019).

Nesse contexto, a arbitragem surge como uma opção nos conflitos que envolvem investimentos estrangeiros ou nacionais que possuam matérias complexas sobre as quais os juízes geralmente não têm conhecimento específico (CRACKEN, 2014, p. 127). Apesar de se tratar de uma das formas mais antigas de solução de conflitos pela heterocomposição no mundo, no contexto nacional, apenas em 1996 a arbitragem se apresentou como uma das mais importantes modalidades de solução de conflitos patrimoniais.

Antes da entrada em vigor da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, o instituto não era muito utilizado, considerando que o Código de Processo Civil de 1973 determinava a homologação do chamado “laudo arbitral”, por meio de sentença judicial, com a possibilidade de interposição de recursos, convertendo o Poder Judiciário em uma espécie de segunda instância da arbitragem.

Até o final do século passado, o Brasil não cogitou firmar acordos ou tratados de proteção do investimento estrangeiro, em razão de o nosso direito ter dificultado a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e deixado de incentivar a arbitragem no país. De acordo com Arnoldo Wald (2009) isso constituiu uma das últimas “ilhas de resistência” ao movimento mundial favorável às soluções de conflitos pelo uso da arbitragem”.

O nacionalismo que dominou a política brasileira, em especial durante o Estado Novo e em período posterior não via com simpatia a execução, no Brasil, de decisões proferidas no exterior. Naquela época, o Brasil não participava muito do comércio mundial, limitando-se a exportar *commodities* e a importar equipamentos e artigos de consumo. No caso de conflitos, buscavam-se soluções conciliatórias baseadas nos próprios interesses das partes de continuar a comercializar os seus produtos.

Dentro desse contexto, a cultura jurídica brasileira ainda admitia a equiparação da decisão arbitral à sentença judicial. Observava-se no Brasil uma postura até mais reservada em relação à arbitragem do que com relação aos demais países latino-americanos, que em sua maioria aderiram à Convenção de Washington, antes que o Brasil cogitasse sua adesão (WALD, 2009). Entretanto, na última década do século passado, com o ganho de força do movimento de privatização e de abertura da economia brasileira aos investimentos estrangeiros, a arbitragem brasileira e internacional começou a consolidar a sua posição. O surgimento de uma nova legislação e a evolução da jurisprudência e da doutrina ensejaram uma “revolução cultural” na matéria, aumentando exponencialmente a procura pela arbitragem (WALD, 2009).

Em consequência do sucesso da arbitragem comercial, cada vez mais áreas do direito incorporaram o uso da arbitragem, inclusive na resolução de disputas coletivas, a exemplo do art. 114, § 2º, da CF que trata da possibilidade da utilização da arbitragem nos dissídios trabalhistas coletivos, da previsão de uso da arbitragem na Lei de Greve – arts. 3º e 7º da Lei nº 7.783/89 - e da mediação e da arbitragem de oferta finais na Lei de Participação nos Lucros – art. 4º, II da Lei nº 10.101/00 - (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 99).

Existem notícias de que um grupo de investidores minoritários estava tentando viabilizar uma arbitragem coletiva em desfavor da Petrobrás, com o objetivo de obterem ressarcimento das

perdas apuradas com a desvalorização das ações da companhia em decorrência da operação Lava-Jato da Polícia Federal, responsável por investigar supostos pagamentos de propina pela empresa (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2019, p. 99). Destarte, observa-se que não deve o setor de investimentos abrir mão de um instrumento tão adequado, especializado e célere para a resolução das suas disputas.

Assim, a pesquisa se justifica pela necessidade de analisar se a arbitragem pode se revelar vantajosa enquanto método adequado de solução de disputas que versam sobre contratos de investimentos, em comparação com a Justiça estatal, como forma de acesso à justiça, diante da escassez de estudos específicos sobre o tema.

Buscando alcançar o objetivo pretendido de acordo com uma análise qualitativa do contexto, para este estudo optou-se pela realização de uma pesquisa exploratória, por meio de revisão bibliográfica, com ênfase nas dimensões doutrinária, normativa e jurisprudencial que envolvem a interpretação de normas infraconstitucionais, valendo-se da análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de outros Tribunais, de trabalhos acadêmicos, livros e artigos científicos, empregando-se o método hipotético-dedutivo.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS DE ARBITRAGEM

A celeridade na prestação jurisdicional ainda constitui um dos maiores desafios do Judiciário, mesmo após a Emenda Constitucional n. 45/04, que incluiu a “duração razoável do processo” e a “celeridade de sua tramitação” no rol do art. 5º, da CF, lembrando que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, de acordo com a lição de Rui Barbosa (1997).

Conforme destaca José Renato Nalini (2018, p. 29), o Brasil fornece ao mundo uma visão de que aqui se vivencia uma guerra de todos contra todos, evidenciando que a vocação humana seria o eterno litígio, considerando que uma população de 202 milhões de habitantes apresenta mais de 100 milhões de processos judiciais, passando a ideia de que toda a nação estivesse a demandar. Nesse contexto de necessidade de se buscar mecanismos mais céleres do que o Judiciário, o processo civil vem se modificando radicalmente e a justiça estatal adjudicada já não é mais o único instrumento adequado para a resolução de conflitos (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2018, p. 38). Sustenta-se, atualmente, que ao lado desta justiça de porta única surgiram novas formas de acesso, tornando a justiça multiportas (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2018, p. 38).

Uma dessas portas de acesso à justiça é a arbitragem, que na lição de Alexandre Freitas Câmara (1997), constitui um meio paraestatal de solução de conflitos, por meio da heterocomposição, que pode ser conceituada como uma técnica para solucionar disputas com a intervenção de uma ou mais pessoas que receberam poderes de uma convenção privada e que decidem com base nessa convenção, sem intervenção estatal, assumindo a decisão eficácia de sentença judicial. A arbitragem, assim, constitui ainda um método vantajoso de resolução de disputas em comparação

ao processo estatal, em especial com relação à celeridade, confidencialidade, flexibilidade de procedimento e especialização dos julgadores (CREMASCO; BENTO; FIORAVANTE, 2018, p. 856), além de adequado, considerando que não existe superioridade da justiça estatal com relação aos outros meios de solução de conflitos (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2018, p. 39).

Em razão disso, o Ministro Luis Felipe Salomão (2014) assentou que a arbitragem representa um avanço do processo civilizatório da humanidade, que passa a ter a possibilidade de buscar, conscientemente, mecanismos de pacificação social mais eficientes do que a asoberbada jurisdição estatal. Com relação à duração, o prazo para a sentença arbitral ser proferida é de seis meses, caso não tenha sido outro convencionado pelas partes (nos termos do art. 23 da Lei de Arbitragem), contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Já os processos judiciais, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, aguardam em média por solução 4 anos e 10 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019), sem levar em conta o prazo para julgamento de eventuais recursos interpostos até os Tribunais Superiores, que podem alongar a espera.

2 DOS INVESTIMENTOS E A ARBITRABILIDADE DE EVENTUAIS DISPUTAS SURGIDAS ENTRE OS INVESTIDORES

Cada vez mais os Estados e os particulares têm se empenhado na captação de investimentos com a finalidade de alavancar o seu desenvolvimento, promovendo direta ou indiretamente o bem-estar social dos indivíduos e contribuindo para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988)¹, sendo o Brasil, de acordo com ranking elaborado no ano de 2020 pela consultoria norte-americana A.T. Kearney, o 22º país que mais atraiu investimentos estrangeiros (VILELA, 2020).

Esses investimentos, por sua vez, podem ser classificados em diversas espécies tais como diretos ou indiretos, nacionais ou estrangeiros, dentre outras que ultrapassam os limites da presente pesquisa, ou, ainda, decorrer de relações entre particulares, entre particulares e o Estado ou mesmo entre Estados.

O investimento direto corresponde ao investimento em dinheiro em um projeto ou empresa, proporcionando ao investidor o direito de participar ativamente da gestão da empresa, capacitando-o a influenciar nas decisões que serão tomadas pelos seus dirigentes, abrangendo o investimento de capital em um objeto de investimento específico, como a aquisição de ativos reais (aquisição de equipamentos ou edifícios, por exemplo) ou o investimento de capital em fundos estatutários de organizações (SPMOST, 2021).

Já os investimentos de portfólio, também denominados “indiretos”, envolvem o investimento de capital do investidor em objetos de investimento realizados por intermediários

¹ O bem-estar das pessoas nas sociedades modernas apresenta relação direta com o volume e a qualidade dos bens de consumo que são adquiridos de acordo com a renda que pode se originar do trabalho ou de transferências privadas ou públicas (GUIMARÃES, 2000).

financeiros representados, em regra, por títulos, bancos de depósitos ou moeda estrangeira, sendo o investidor de portfólio o indivíduo que adquiriu um instrumento financeiro visando a formação de uma “carteira de investimentos” (BANK, [s.d.]).

O capital investido pode ainda ser classificado em nacional ou estrangeiro, dependendo da sua origem. Corrêa (2007, p. 07) conceitua o Investimento Direto Estrangeiro (IDE) como um “subproduto da iniciativa de crescimento da firma, através da criação de subsidiárias e filiais em outros Estados”, classificando-se essas firmas em Empresas Transnacionais (ETNs), que executam “operações importantes, sob orientação centralizada em território de duas ou mais nações” (CARVALHO, 1982, p. 13) e Empresas Multinacionais (EMNs), que envolvem a participação significativa nas suas operações de pessoas de duas ou mais nacionalidades (CARVALHO, 1982).

Guimarães (2000), destaca o papel dos investimentos nacionais e estrangeiros em países em desenvolvimento com o Brasil na poupança e formação de capital, apontando que enquanto o investidor nacional, em regra, busca oportunidades de investimento mais seguras e com retorno mais rápido, o investimento estrangeiro permitiria o aumento total da poupança disponível para investir, com a possibilidade de promover a aceleração do desenvolvimento nacional com menor sacrifício e obstáculos políticos não apenas para a população, mas também para as elites econômicas.

No que se refere à utilização da arbitragem internacional na resolução de disputas entre investidores e o Estado, Costa (2006) salienta que a adoção dessa via adequada tem ganhado destaque, diante da necessidade de proteção da iniciativa privada e da sua finalidade lucrativa.

Nesse contexto, verifica-se um conflito entre os interesses dos investidores particulares e dos Estados que hospedam esses investimentos, com aqueles, de um lado, buscando a segurança e a proteção dos seus investimentos e esses últimos, que apesar de necessitarem e desejarem o capital externo, visam zelar pela sua soberania, especialmente no que diz respeito às suas riquezas e recursos naturais (COSTA, 2006).

A propósito, conforme já mencionado, em 1965 foi criado o ICSID, pela Convenção de Washington, que passou a permitir o acesso direto dos investidores particulares a um tribunal arbitral internacional em desfavor de um Estado que pode renunciar às suas prerrogativas jurisdicionais e se submeter a esse foro, como forma de mitigação da sua soberania estatal.

Um exemplo prático da possibilidade de se recorrer ao ICSID é representado pelas controvérsias entre a Bolívia e um grupo de investidores estrangeiros que inclui a Petrobras, considerando que a Bolívia aderiu à Convenção de Washington, abrindo a possibilidade de utilização desse tribunal arbitral para a resolução da disputa envolvendo a nacionalização de hidrocarbonetos efetivada pela Bolívia no dia 1º de maio de 2006.

No entanto, o Brasil permanece afastado desse instrumento internacional especializado na resolução de controvérsias sobre investimentos estrangeiros, o que pode representar, em tese, obstáculo para a ampliação da presença do capital estrangeiro e dificultar o crescimento econômico e social do país, mas não impede a adoção da via arbitral para a resolução de conflitos envolvendo investimentos estrangeiros, se as partes assim desejarem.

No que interessa ao presente estudo, destaca-se que é possível a eleição da arbitragem

para a resolução de qualquer conflito decorrente de contrato de investimentos, desde que envolvam partes maiores e capazes, denominada arbitrabilidade subjetiva, nas relações estabelecidas entre particulares, entre particulares e o Estado ou mesmo entre Estados, qualquer que seja o tipo de investimento realizado no Brasil (direto ou indireto, nacional ou estrangeiro).

Quando o contrato envolver os entes estatais internos, observa-se que o art. 1º, § 1, da Lei de Arbitragem, com a redação conferida pela Lei nº 13.129/15, incluiu a Administração Pública direta e indireta no rol dos capazes de contratar a arbitragem. Em reforço, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (BRASIL, 2021), denominada “Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, também prevê no seu art. 151 que a Administração Pública poderá utilizar “meios alternativos” na resolução de disputas envolvendo seus contratos, podendo a arbitragem ser eleita, inclusive, por meio de aditamento contratual (art. 153).

Destarte, observa-se a ampla possibilidade de utilização da via arbitral para a resolução de disputas envolvendo contratos de investimentos realizados no Brasil, devendo a análise da utilização da arbitragem em cada tipo de investimento específico ser objeto de novos trabalhos que ultrapassam os limites da presente pesquisa.

3 DAS VANTAGENS DA ARBITRAGEM NO ATENDIMENTO À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Dentre as vantagens que a arbitragem proporciona, enumera-se a título exemplificativo:

i) Celeridade: constitui vantagem muito importante da arbitragem, comparada com o processo judicial²⁻³⁻⁴⁻⁵⁻⁶ é nítido o fato de que a arbitragem é muito mais célere, já que o art. 23 da Lei de Arbitragem estabelece que o procedimento arbitral deve terminar após seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, desde que não haja disposição em contrário⁷.

2 No ano de 2014 a morosidade processual foi a principal reclamação recebida pela Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (MONTENEGRO, 2014).

3 Novamente, entre janeiro e novembro de 2015, mais da metade das demandas para a Ouvidoria do CNJ tiveram como objeto a morosidade processual (FERNANDES, 2015).

4 O Judiciário brasileiro terminou o ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

5 Segundo notícia veiculada pelo CNJ, em 2017, apesar dos esforços do Judiciário, o Brasil ainda tinha mais de 80 milhões de processos pendentes de julgamento (MONTENEGRO, 2017).

6 O estoque de processos pendentes ao final de 2018, no Judiciário brasileiro, foi de 78.691.031 ações, o que representa queda de apenas 1,2% em relação a 2017 (CNJ, 2019).

7 Há arbitragens complexas que as partes convencionam dilatar o prazo, diante da instrução com grandes perícias e outras provas a serem produzidas, mas não há fase recursal na arbitragem, a qual é presente no processo judicial acarretando na demora em vários anos até o esgotamento dos recursos. Recente pesquisa ilustra a rapidez do processo arbitral: “para um conjunto de 42 arbitragens, cinco foram concluídas em menos de um ano e 27 em menos de dois anos. Nesse universo, cinco procedimentos consumiram mais de dois anos e quatro excederam três anos. Há somente um caso extremo no qual a sentença exigiu um tempo de quatro anos” (CHACEL; LOSS, 2017, p. 35). Sobre o prazo convém citar a recomendação de Joaquim Muniz: “Deve-se tomar cuidado para não se estabelecer prazo muito curto para a arbitragem, pois o eventual litígio, dependendo de sua complexidade, pode demandar mais tempo do que o previsto para ser resolvido. E, uma vez fixado o prazo para a prolação da sentença, ele deve ser seguido, salvo se as regras permitirem prorrogação. O desrespeito ao prazo implica possibilidade de anulação de sentença” (MUNIZ,

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, a duração de média de um processo é de quatro anos e dez meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019), sem contar o prazo para julgamento dos recursos até os Tribunais Superiores, impossível de ser calculado previamente⁸. Mesmo em questões complexas é possível verificar a celeridade dos procedimentos arbitrais, tendo em vista que estimativas realizadas entre as instituições de arbitragem demonstram que, nos casos com maior dificuldade, os prazos, em média, para encerramento do procedimento, é de um pouco mais de um ano⁹. Salienta-se que a sentença arbitral não admite recurso para outras instâncias, o que contribui com a celeridade abordada.

Importante citar que os usuários das arbitragens, em regra, estão satisfeitos com a celeridade do processo arbitral¹⁰. Ressalta-se que o árbitro tratará do caso individual com prioridade, diferente de uma vara judicial estatal¹¹, já que esta receberá mais um caso dentre uma pletora, que não terá tramitação célere tanto quanto a parte espera, diante das dificuldades que o Judiciário¹²⁻¹³ sofre com estrutura, ante a escassez de recursos financeiros. Enquanto a instituição arbitral tem estrutura melhor do que a vara judicial, além de cumprir prazos de tramitação, inclusive prazo para prolação de sentença, sob pena de nulidade (art. 32, VI da Lei de Arbitragem).

Em seguida, ii) Forma de tratamento da lide: é possível verificar que a arbitragem oferece um tratamento mais dedicado e com melhor estrutura, quando comparado ao Poder Judiciário, que com imensurável volume de trabalho, não consegue, muitas vezes, analisar cada caso individual com a devida cautela. Além disso, casos concretos complexos, que exigem um profundo conhecimento de matérias específicas pode ser solucionado de maneira mais adequada por um árbitro ou tribunal arbitral, escolhidos pelas partes, que conheçam da matéria de forma profunda.

Mesmo sentido, iii) Escolha do árbitro especializado: a possibilidade de escolha do Julgador, segundo Cahali (2017, p. 120), é uma das mais reconhecidas vantagens da Arbitragem, no momento em que as partes podem realizar suas escolhas a partir de importantes critérios como

2016). Há casos excepcionais que a arbitragem demorou quatro anos só para a constituição do tribunal arbitral, diante de sucessivos incidentes de suspeição dos árbitros, certo que a sentença demorou mais quatro anos, num total de oito anos (BRASIL, 2018b).

8 No dia 06/12/2018 a Quarta Turma do STJ decidiu que o Palácio Guanabara, sede do governo do Rio de Janeiro, é de domínio da União, não sendo devida indenização à antiga família imperial, que também não tem direito de posse sobre o imóvel. Por ocasião desse julgamento, o processo estava em tramitação há 123 anos. O feito chegou a ser extinto na década de 1960, mas continuou a tramitar em razão da interposição de recursos. Em 2018, os recursos foram incluídos em pauta e o julgamento foi adiado ao menos três vezes. Ainda havia a possibilidade de interposição de recursos contra essa decisão proferida pelo STJ (PONTES, 2018).

9 Há notícias de casos excepcionais com perícias complexas que a arbitragem tem duração maior, mediante convenção das partes, mas são excepcionais, aproximadamente “dois a três anos em litígios muito complexos” (MUNIZ, 2016).

10 Conforme pesquisa CBAr-Ipsos (ABBUD, 2012).

11 Em 2017 cada juiz julgou quase oito casos em média por dia útil, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019).

12 “A ineficiência das cortes estatais será um incentivo para que o indivíduo resolva suas disputas alterando seus padrões negociais, de forma a evitar ou tornar desnecessária a disputa judicial” (SALAMA, 2012, p. 388).

13 Em 2018 o STJ condenou o Estado do Amazonas ao pagamento de indenização por retardo na prestação jurisdicional, em razão da deficiência no serviço estatal. A parte ajuizou ação de execução de alimentos em 02/11/2004 e apenas em 03/05/2007 foi proferido do despacho citatório (BRASIL, 2018a).

confiança e conhecimento específico sobre a matéria¹⁴, no caso agronegócios.

Assim, complementando os apontamentos, iv) Flexibilidade procedimental: a flexibilidade é outra vantagem muito importante na arbitragem, “no qual deve prevalecer, em regra, a autonomia da vontade”¹⁵. Enquanto no âmbito do procedimento judicial estatal a legislação processual é taxativa, não havendo como regra possibilidade de livre modificação do procedimento, embora os negócios jurídicos processuais, como exceção, estejam cada vez mais se desenvolvendo (art. 190 do CPC/2015), no procedimento arbitral, temos o privilégio da flexibilidade e da autonomia da vontade das partes que, a partir da convenção de arbitragem, podem definir, detalhadamente, como será o procedimento de arbitragem (arts. 2º, § 1º, 11, IV, 19, parágrafo primeiro e 21 *caput* e §§ 1º e 2º da Lei de Arbitragem)¹⁶. É possível, inclusive, adotar-se, mediante convenção das partes, diversas informalidades para que seja resolvido o conflito da forma mais adequada possível¹⁷, desde que não ocorra ofensa à ordem pública¹⁸⁻¹⁹ ou às hipóteses que ensejarão as nulidades passíveis de ação anulatória (LEMES, 1992). Segundo Gary Born (2009, p. 84) a possibilidade de adoção de procedimentos flexíveis pelas partes constitui uma das principais atrações da arbitragem comercial internacional.

No escólio de Roberto Nussinkis Mac Cracken (2014, p. 119-120) a flexibilidade do procedimento arbitral serve de atrativo para o investidor estrangeiro no Brasil, possibilitando a fuga das normas procedimentais fixadas no Código de Processo Civil brasileiro, que estabelecem prazos legais obrigatórios longos e que não necessariamente combinam com o conflito em apreço

14 “A possibilidade de melhora na qualidade das decisões, decorrente da especialização dos árbitros, também pode representar economia para as partes. Uma das vantagens da arbitragem é a possibilidade de utilização de árbitros que tenham familiaridade com a matéria objeto da controvérsia. Ao contrário do juiz estatal, o árbitro pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem. É razoável supor, por exemplo, que o árbitro com anos de experiência na indústria petrolífera possa aferir com maior precisão os termos técnicos da contratação para exploração ou transporte de petróleo, além dos usos e costumes nos negócios da indústria petrolífera. A expectativa de que os contratos sejam interpretados por especialistas diminui os custos das partes relativos à negociação de contratos. A especialização permite, assim, a redução dos erros nas decisões arbitrais. Em tese, apesar de todos os procedimentos estarem sujeitos a erros, a probabilidade de o árbitro especializado decidir de forma equivocada, por não conhecer a matéria discutida, é menor. A redução da probabilidade de erro na decisão reduz o risco da relação contratual, tornando o contrato mais atrativo para as partes e todo o mercado” (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 20).

15 (BRASIL, 2017b).

16 De maneira diversa do que ocorre nos Tribunais, o procedimento arbitral pode ser moldado às demandas específicas do conflito (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 5).

17 Francisco José Cahali (2017, p. 115) leciona: “Preenchidos os pressupostos para sua escolha (capacidade de contratar a respeito de direito patrimonial disponível), é prestigiada a vontade das partes na arbitragem em seu grau máximo: começa com a liberdade para a indicação da arbitragem como forma de solução do litígio; e, prossegue, com a faculdade de indicarem todas as questões que gravitam em torno desta opção. Assim, estabelecem quem e quantos será(ão) o(s) árbitro(s), de forma direta ou indireta, e como será desenvolvido o procedimento arbitral (por exemplo, relativamente a prazos, locais para a prática dos atos, eventual restrição para apreciação de medidas de urgência ou tutelas antecipadas sem ouvir a parte contrária etc.)”

18 José Maria Roca Martínez (1992, p. 166) aponta que os árbitros têm o dever de proferir suas decisões de acordo com o ordenamento jurídico e, por óbvio, precisam observar a Constituição, inclusive na arbitragem por equidade.

19 Para Marcelo José Magalhães Bonizzi e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2017), o controle de constitucionalidade do ato constitui matéria de ordem pública, impondo-se o dever de realizar o controle difuso de ofício e não se admitindo a desistência da ação direta de inconstitucionalidade. Assim, violar uma norma constitucional significa violar a ordem pública, já que é na Constituição que se encontram os princípios e regras mais importantes do ordenamento jurídico.

Adiante, tem-se v) Possibilidade de confidencialidade: pode ser considerada como importante vantagem da arbitragem, quando eleita pelas partes, já que não obrigatória, diante da inexistência de previsão legal nesse sentido, viabilizando que o segredo do negócio seja preservado, em casos de transferência de tecnologia, problemas técnicos de produtos, dentre outros. Enquanto o processo judicial, em regra, é público, o processo arbitral pode ser sigiloso, por força da convenção de arbitragem ou pelas normas da instituição arbitral aceita pelas partes, salvo se o processo tiver como parte a Administração Pública, já que aplicável o princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*, da CRFB/88 (LUCIANA NARDI, 2006, p. 1-12), reafirmado pelo art. 2º, § 3º da Lei de arbitragem, sob pena de nulidade²⁰.

A Lei nº 9.307/96 não prevê expressamente a confidencialidade como regra obrigatória, mas no rol dos deveres dos árbitros, o art. 13, § 6º, institui que o árbitro, no desempenho de sua função, deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção. Também o art. 189, IV do Código de Processo Civil de 2015 prevê o segredo de justiça em processos que versem sobre arbitragem, inclusive sobre o cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo²¹.

Contudo, na prática, verifica-se que a confidencialidade é regra nas arbitragens, diante de previsão no regulamento de arbitragem da instituição escolhida ou mediante disposição expressa na cláusula compromissória. Dentre as instituições arbitrais brasileiras que contém previsão expressa da confidencialidade do procedimento arbitral, cita-se exemplificativamente: o art. 4º, VII das regras da CAMES (2017), o art. 14 das regras da CAM-CCBC (2012); o art. 10 e 20.1 das regras (AMCHAM BRASIL, 2018); o art. 13.1 das regras da CAMARB (2019); e os arts. 46 e 47 das regras da FGV Câmara de Mediação e Arbitragem (2016). No exterior também a confidencialidade é regra no procedimento arbitral, pretexto-se exemplificativamente: o art. 6º do Estatuto da ICC (2017), o art. 37 do regulamento das arbitragens internacionais da ICDR (2014), o braço internacional da AAA, e o art. 30 do regulamento da LCIA (2014).

Não obstante, as partes poderão afastar a confidencialidade (MONTORO, 2010), mas estarão sujeitas a acesso a segredos empresariais, eventuais de defeitos de produtos ou serviços, aspectos contábeis, o que não se recomenda, conforme doutrina de Candido Rangel Dinamarco citando Carnelutti: “não sem uma gota de cinismo, também se aponta entre as vantagens da arbitragem a defesa contra possíveis riscos fiscais da publicidade dos negócios e da contabilidade das partes” (CARNELUTTI apud DINAMARCO, 2013, p. 32).

Como se vê, vi) Redução de custos: comparada à prestação jurisdicional, a arbitragem

20 “Revela-se atentatório aos preceitos constitucionais o estabelecimento de cláusula na qual se exige o sigilo na arbitragem, não podendo o Município a ela se submeter ante a indisponibilidade do direito em discussão, traduzindo um atentado à soberania quedar-se o componente da Federação, genuflexo, às leis alienígenas” (RIO DE JANEIRO, 2003).

21 “Conflito de competência entre juízo estatal e arbitral. Pedido de tramitação sob segredo de justiça. Necessidade de comprovação da contratação de confidencialidade no procedimento arbitral, na forma exigida pelo art. 189, IV, do CPC/2015” (BRASIL, 2017a). “Cumprimento de carta arbitral. Comprovação de que o procedimento arbitral é confidencial. Aplicação do segredo de justiça ao processamento da carta arbitral” (SÃO PAULO, 2016a). “Ação de nulidade de sentença arbitral. Tramitação sob segredo de justiça, pois comprovada a existência de cláusula confidencialidade” (SÃO PAULO, 2018). Contudo, “embora o CPC/2015 garanta o segredo de justiça para processos que versem sobre arbitragem e possuam cláusula de confidencialidade, tal garantia não se estende a determinados atos, como o protesto contra alienação de bens” (SÃO PAULO, 2016b).

pode reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional:

Em primeiro lugar, em razão da agilidade com que é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais, não se submete ao regime dos infundáveis recursos a instâncias superiores, e os árbitros, não raro, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez.

Na prestação jurisdicional estatal, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam privadas dos bens ou direitos litigiosos durante todos os anos que precedem o efetivo cumprimento da decisão transitada em julgado. Nesse caso, as partes arcam com o custo de oportunidade decorrente da privação dos bens e direitos disputados em Juízo (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 20).

Ademais, a “maior eficiência da arbitragem na solução de disputas cria incentivos para o adimplemento das obrigações contratuais pelas partes” (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 24), que não poderão contar com a demora na solução da lide, inevitável no Judiciário. Ao argumento de que os custos da arbitragem são altos, contrapomos o de que há Câmaras, como a Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada (CAMES, 2020) que cobram valores mais próximos das custas judiciais (EUZÉBIO, 2012), viabilizando arbitragem, com sistema próprio de processo eletrônico, em prazo célere e com quadro de árbitros de excelência.

Ressalta-se que também deve ser inserido no cálculo de custos o tempo dispendido pelas partes no tratamento da questão em reuniões com advogados e demais providências, já que no Judiciário a atuação será da primeira Instância até, eventualmente, os Tribunais Superiores, com gastos de honorários e pareceres que só aumentarão, enquanto que na arbitragem a questão será resolvida em Instância única. Inclusive estão em jogo os custos de oportunidade²², sobre o tema discorre a doutrina (TIMM; GUANDALINI; RICHTER, 2017):

O custo de oportunidade da não escolha da arbitragem é em parte formado pela grande demora na alocação dos direitos de propriedade, o qual parece ser a utilidade que a propriedade poderia ter proporcionado ao titular do direito pela diferença entre o tempo da prolação da sentença arbitral (anterior) e o trânsito em julgado da decisão judicial (posterior). Não por outro motivo, o custo de oportunidade ao se não adotar arbitragem é evidente quando se sabe, ao menos quando a não opção leva ao judiciário brasileiro, que a demora na alocação da propriedade será presumidamente mais longa.

Em poucas palavras, o custo de oportunidade leva em consideração o tempo em que o valor em litígio ficará imobilizado em virtude da demora da duração da solução da lide. Conclui a doutrina que “assim, ao deixar-se de adotar arbitragem, o custo de oportunidade aumenta claramente com a possibilidade de se poder escolher um julgador em tese mais especializado, sem

²² “O custo de oportunidade, é o ‘preço’ que designa o custo econômico de uma alternativa que fora deixada de lado, que fora preterida, ou seja, o custo de alocação alternativa daquele recurso escasso” (TIMM; GUANDALINI; RICHTER, 2017).

as limitações apresentadas pelo Judiciário” (TIMM; GUANDALINI; RICHTER, 2017).

Portanto, considera-se ao final que o sistema arbitral tem por finalidade resolver as situações de divergência contratual em tempo suficiente à reparação de outros créditos o favorecendo frente ao sistema tradicional e permite o tratamento adequado dos conflitos de forma a conceder maior segurança jurídica ao empresariado envolvido (DIAS, 2018, p. 295).

Não se podendo desconsiderar ainda a hipótese de vii) Adequação do procedimento para transações internacionais: na qual Roberto Nussinkis Mac Cracken (2014, p. 120) destaca que “O fato de a arbitragem comercial internacional ter sido criada e evoluída especificamente para tratar de conflitos necessariamente entre partes privadas de Estados distintos também é atrativo para o investidor estrangeiro”. Essa adequação do procedimento poderá vir a estimular o investidor estrangeiro a investir no Brasil, sabendo que no caso de conflito poderá evitar os procedimentos estabelecidos para a resolução dos conflitos internos. Em eventual conflito entre um investidor estrangeiro e uma empresa brasileira, não se cogita que o procedimento adotado pelos tribunais brasileiros, criados com a intenção de resolver conflitos entre partes brasileira, seja o mais adequado para resolver a disputa. Nesse contexto, surge a arbitragem comercial internacional que foi desenvolvida exclusivamente para esse fim e considera as diferenças legais, políticas e culturais das partes envolvidas, proporcionando muito mais segurança jurídica ao investidor de fora do país (CRACKEN, 2014, p. 121).

Nem há que se desconsiderar o viii) caráter final e vinculante da sentença proferida pelo(s) árbitro(s)²³: decorre da mencionada natureza jurisdicional da arbitragem, fazendo a sentença arbitral coisa julgada material e não se sujeitando a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Inexiste a previsão de recursos na Lei de Arbitragem, com exceção da possibilidade do pedido de correção de erro material ou de esclarecimento de omissão²⁴, o que seria equivalente aos embargos de declaração na esfera judicial. Eventual pedido de correção deve ser deduzido no prazo de cinco dias do recebimento da notificação de sentença arbitral (art. 30 da Lei de Arbitragem).

No âmbito internacional, nos países desenvolvidos, a possibilidade de revisão da sentença arbitral estaria adstrita às questões de equidade processual, de jurisdição e de ordem pública. Seria praticamente nulo o fundamento legal que permitisse que a sentença arbitral fosse analisada nos tribunais estatais sob o argumento de que a decisão dos árbitros foi equivocada (CRACKEN, 2014, p. 121). Nesse sentido, Roberto Nussinkis Mac Cracken (2014, p. 122-123) acentua que o caráter final da sentença arbitral distingue a arbitragem da mediação e de outros métodos de solução de conflitos que não são vinculantes. A vinculação das partes à sentença arbitral confere maior segurança ao investidor estrangeiro, considerando que garante que a decisão proferida pelos especialistas será final e que as partes estarão a ela vinculadas. Ademais, a irrecorribilidade impede

23 Nas Ordenações Filipinas havia a possibilidade de recurso aos juizes ordinários, funcionando o Poder Judiciário como uma espécie de segunda instância da arbitragem.

24 “Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:
I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

que mais tempo seja gasto com eventuais julgamentos de recursos, a exemplo do que ocorre nos tribunais.

Dento da noção de execução processual sincrética do CPC/2015 tem-se, ainda, a ix) facilidade no cumprimento da sentença arbitral: Redfern e Hunter (2009, p. 520) assentam que o compromisso arbitral, bem como qualquer contrato devem possibilitar a execução do direito, sob pena de constituírem mera declaração de intenção desprovida de efeitos jurídicos. Consoante, Roberto Nussinkis Mac Cracken (2014, p. 123) destaca que a fácil execução da sentença arbitral é decorrência da Convenção de Nova Iorque, pela qual os países signatários assumem a obrigação de dar efeito às sentenças arbitrais proferidas em outros países, desde que também sejam signatários. A sentença arbitral, de acordo com o CPC, é título executivo judicial:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

[...]

VII - a sentença arbitral;

[...]

Neste sentido, a certeza de que a decisão arbitral poderá ser imposta às partes e cumprida no território brasileiro constitui um outro atrativo da arbitragem comercial internacional, proporcionando segurança ao investidor estrangeiro e a aplicação de recursos em empresas brasileiras (CRACKEN, 2014, p. 124);

Por fim, a vantajosidade da x) neutralidade: permite que o tribunal arbitral funcione de maneira “desnacionalizada”, permitindo que o investidor estrangeiro faça o seu investimento sem o receio de ter que submeter seus conflitos a uma corte nacional que possa parecer parcial e favorável ao indivíduo que ostenta a mesma nacionalidade do órgão julgador (CRACKEN, 2014, p. 126), afastando-se a possibilidade da adoção de medidas arbitrárias ou hostis ao capital estrangeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É sabido que a forte presença de novos atores no âmbito dos investimentos, advindos do processo de globalização, fez surgir o clamor por respaldos jurídico e governamentais que permitissem maior segurança jurídica aos investidores, resultando inclusive na criação do International Centre for Settlement of Investment Disputes - ICSID, entidade vinculada ao Banco Mundial. O Brasil, no entanto, preferiu não aderir à Convenção de Washington, o que eventualmente pode dificultar a atração de novos investimentos estrangeiros ao país.

Em contraponto, percebe-se que nos últimos anos a sociedade brasileira tem optado por investir, reforçando a necessidade da utilização de mecanismos adequados para a solução de eventuais conflitos que venham a surgir. Vale ressaltar que o judiciário brasileiro se encontra assoberbado e não conseguirá atender às expectativas dos investidores e às necessidades do

mercado. Bem por isso, destacou-se durante a maior parte deste trabalho a relevância social, econômica e jurídica da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos na área de investimentos.

Dentre todas as vantagens apresentadas, frisa-se: a adequação, a especialização, a segurança jurídica, a celeridade (se comparada com as vias judiciais ordinárias), a flexibilidade procedimental (com a possibilidade de adequação do procedimento às necessidades específicas das partes, sem a obrigação de se observar prazos e procedimentos estabelecidos em lei), a confidencialidade no procedimento, de forma a resguardar o interesse das partes envolvidas, a redução e a previsão dos custos, a adequação do procedimento para transações internacionais (que apresentam suas especificidades), o caráter final e vinculante da sentença arbitral, que não se sujeita à infinidade de recursos previstos no nosso sistema processual civil que prolongam de forma imprevisível a duração do processo e trazem incerteza sobre o resultado da demanda, a maior facilidade no cumprimento das sentenças proferidas pelos árbitros, especialmente no caso de arbitragens internacionais, e a garantia da neutralidade, que nem sempre se observa em outras formas de resolução de conflitos.

Conforme se apontou, é possível a eleição da arbitragem para a resolução de qualquer conflito decorrente de contratos de investimentos envolvendo partes maiores e capazes nas relações estabelecidas entre particulares, entre particulares e o Estado ou mesmo entre Estados, qualquer que seja o tipo de investimento realizado no Brasil (direto ou indireto, nacional ou estrangeiro), devendo, no entanto, cada uma dessas situações específicas ser objeto de novos estudos que ultrapassam os limites desta pesquisa.

Considera-se, ao final, que a arbitragem de investimento representa um instrumento adequado e especializado para a solução de disputas envolvendo investimentos nacionais e estrangeiros, oferecendo a necessária segurança ao investidor que poderá escolher árbitros especializados no assunto, evitando que suas questões sejam apreciadas pelos tribunais ordinários, que muitas vezes não têm conhecimento específico sobre a matéria, constituindo mecanismo mais benéfico para a preservação dos direitos dos investidores em comparação com o processo judicial.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos**. São Paulo: Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar, 2012. Relatório. Disponível em: http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 13 mar. 2020.

AMCHAM BRASIL. Arbitragem & Mediação. Regulamento de Arbitragem. Estatuto do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM. São Paulo: AMCHAM-SP, 2018. Disponível em: <https://estatico.amcham.com.br/arquivos/2018/arbitragem-comercial-regulamento.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2020.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa,

1997. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/FCRB_Ruibarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf. Acesso em: 10 mar. 2020.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Declaração de inconstitucionalidade pelo árbitro: vedação ou dever. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, SP, v. 274, p. 543-578, dez. 2017. Disponível em: https://www.academia.edu/35242156/artigo_REVISTA_DE_PROCESSO_CONTROLE_DE_CONSTITUCIONALIDADE_PELO_ÁRBITRO.pdf. Acesso em: 9 mar. 2020.

BORN, Gary B. **Internacional commercial arbitration**. Alphen aan den Rijn, Zuid-Holland: Kluwer Law Internacional, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão monocrática Conflito de Competência 151.130/SP**. Decisão reconsiderada pela PET. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 9 mar. 2017a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.383.776/AM**. Segunda Turma. Relator: Og Fernandes. Brasília, 17 set. 2018a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.614.070/SP**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 jun. 2018b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.636.102/SP**. Terceira Turma. Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 1 out. 2017b.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. Mediação. Conciliação. Resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº 9.307/96. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CAMARB- Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil. **Regulamento de arbitragem**. São Paulo: CAMARB, 2019. Disponível em: <http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CAM-CCBC - Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. **Regulamento de Arbitragem 2012**. São Paulo: CAM-CCBC, 2012. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CAMES - Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada. **Arbitragem**. São Paulo: CAMES-Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/arbitragem/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CAMES-Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada **Regulamento arbitragem**. São Paulo: CAMES-Brasil, 2017. Disponível em: <https://www.camesbrasil.com.br/arbitragem/regulamento-arbitragem/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

CARVALHO, Getúlio. **Multinacionais**: os limites da soberania. 4. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1982.

CHACEL, Julian; LOSS, Juliana. A gestão extrajudicial de disputas e o tempo. **Cadernos FGV Projetos**, Rio de Janeiro, RJ, ano 12, n. 30, p. 32-36, abr./maio, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Coordenadoria de Imprensa. **Justiça em números 2019**: sumário executivo. Brasília: Imprensa CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf/>. Acesso em: 03 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Secretaria de Comunicação. **Justiça em números 2017**: destaques. Brasília: Imprensa CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em: 3 mar. 2020.

CORRÊA, Cristiane Sanches de Souza. **Os regimes de investimento direto estrangeiro no Brasil**: regulação e política externa nacional. 2007. 270 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2007. Disponível em: <http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/cathedra/08-07-2015/000742078.pdf>. Acesso em: 9 set. 2021.

COSTA, Larissa Maria Lima. **A arbitragem do Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI)**: uma análise sobre a autonomia do consentimento dos Estados. 2006. 224 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/88365/228127.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 set. 2021.

COTIAS, Adriana. Volume aplicado por pessoa física atinge R\$ 3,1 trilhões, mostra Anbima: cifra representa alta de 8,4% no acumulado. **Valor Econômico**, São Paulo, 18 nov. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2019/11/18/volume-aplicado-por-pessoa-fisica-atinge-r-31-trilhes-mostra-anbima.ghtml>. Acesso em: 2 mar. 2020.

CRACKEN, Roberto Nussinkis Mac. **Arbitragem no investimento estrangeiro**: segurança jurídica. 2014. 269 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6646/1/Roberto%20Nussinkis%20Mac%20Cracken.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2020.

CREMASCO, Suzana Santi; BENTO, Daniel Freitas Drumond; FIORAVANTE, Leonardo Sette Abrantes. A alegação de existência da convenção de arbitragem antes da contestação no CPC/2015. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1, p. 855-872.

DIAS, Feliciano Alcides. **Análise econômica da arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 35-66.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

EUZÉBIO, Gilson Luiz. Projeto prevê até 6% para custas judiciais. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 2 maio 2012. Notícias CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/projeto-preve-ate-6-para-custas-judiciais/>. Acesso em: 13 mar. 2020.

FERNANDES, Waleiska. Morosidade processual corresponde a 50% das demandas na Ouvidoria do CNJ. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 10 dez. 2015. Notícias CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/morosidade-processual-corresponde-a-50-das-demandas-na-ouvidoria-do-cnj/>. Acesso em: 2 mar. 2020.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. **Lei de arbitragem**: comentada artigo por artigo. São Paulo: Juspodivm, 2019.

FGV CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Regulamento de arbitragem**. Versão de 2016 (vigente). Rio de Janeiro, RJ, Câmara FGV, 2016. Disponível em: <https://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem>. Acesso em: 3 mar. 2020.

GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Brasília, DF, v. 7, p. 49-78, out./dez. 2005. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/t?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000017087cc766d4074d382&docguid=Iab7da5f0f25311dfab6f010000000000&hitguid=Iab7da5f0f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=618&context=8&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 27 fev. 2020.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Capital nacional e capital estrangeiro. **Estudos Avançados**, São Paulo, SP, v. 14, n. 39, p. 143-160, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-40142000000200011>. Acesso em: 9 set. 2021.

HERNANDES NETO, Antonio Marcos. **Arbitragem em investimento estrangeiro e o ICSID**. 2011. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, 2011. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/5529>. Acesso em: 29 fev. 2020.

ICC – International Chamber of Commerce. **Arbitration rules**. Paris, France: ICC, 2017. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 3 mar. 2020.

ICDR – International Centre for Dispute Resolution. **Procedimentos para a resolução de disputas internacionais**. Nootdorp: ICDR, 2014. Disponível em: <https://www.adr.org/sites/>

default/files/International%20Dispute%20Resolution%20Procedures%20%28Including%20Mediation%20and%20Arbitration%20Rules%29%20-%20Portuguese.pdf. Acesso em: 13 mar. 2020.

LCIA. **Arbitration rules**. London: LCIA, 2014. Disponível em: http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2030. Acesso em: 13 mar. 2020.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 686/1992, p. 73–89, dez. 1992.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan Michael. **Comparative International Arbitration**. Alphen aan den Rijn, Zuid-Holland: Kluwer Law Internacional, 2003.

MARTÍNEZ, José Maria Roca. **Arbitraje e instituciones arbitrales**. Barcelona: J. M. Bosch Ed., 1992.

MONTENEGRO Manuel Carlos. Morosidade da justiça e a principal reclamação recebida pela ouvidoria do CNJ. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 1 out. 2014. Notícias CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/morosidade-da-justica-e-a-principal-reclamacao-recebida-pela-ouvidoria-do-cnj/>. Acesso em: 2 mar. 2020.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Estatísticas mostram evolução do combate à morosidade na Justiça. **Agência CNJ de Notícias**, Brasília, 4 set. 2017. Notícias CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/estatisticas-mostram-evolucao-do-combate-a-morosidade-na-justica/>. Acesso em: 3 mar. 2020.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/pt-br.php>. Acesso em: 13 mar. 2020.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Brasília, DF, v. 50, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.14.PDF. Acesso em: 13 mar. 2020.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 27-34.

PONTES, Felipe. Palácio Guanabara é da União, decide STJ na ação mais antiga do país: processo ainda pode continuar se houver recurso da família imperial. **Agência Brasil**, Brasília, DF, 6 dez. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-12/palacio-guanabara-e-da-uniao-decide-stj-na-acao-mais-antiga-do-pais>. Acesso em: 9 mar. 2020.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem. Escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, p. 15-27, jan./jun.

2008.

REDFERN, Alan; HUNTER, J. Martin H. **International arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **AI 0005615-64.2003.8.19.0000**. 13ª Câmara de Direito Privado. Relator: Ademir Paulo Pimentel. Rio de Janeiro, 29 out. 2003.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 384-389.

SALOMÃO, Luis Felipe. **A atualização da lei de arbitragem**. 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/211461/a-Atualizacao-da-lei-de-arbitragem>. Acesso em: 05 mar. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **AI 2025056-45.2016.8.26.0000**. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, 17 jun. 2016a.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **AI 2040522-11.2018.8.26.0000**. 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Grava Brasil. São Paulo, 23 maio 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **AI 2051878-71.2016.8.26.0000**. 1ª. Câmara Reservada de Direito Empresarial. Relator: Hamid Bdine. São Paulo, 28 abr. 2016b.

SPMOST. **Investimentos estrangeiros diretos e em carteira**. Investimentos diretos e em portfólio: quais são as diferenças? Investimentos diretos e indiretos: essência, formas e princípios. 2021. Disponível em: <https://spmost.ru/pt/procenty/pryamyie-i-portfelnye-inostrannye-investicii-pryamyie-i-portfelnye/>. Acesso em: 8 set. 2021.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. **Reflexões sobre uma análise econômica da ideia de arbitragem no Brasil**. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/321165153_REFLEXOES_SOBRE_UMA_ANALISE_ECONOMICA_DA_IDEIA_DE_ARBITRAGEM_NO_BRASIL. Acesso em: 12 fev. 2019.

VILELA, Pedro Rafael. Brasil volta a ficar entre os mais bem avaliados em ranking global: Brasil é o 22º país que mais atrai investimentos estrangeiros. **Agência Brasil**, Brasília, 16 jun. 2020. Economia-Notícia. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-06/Brasil-volta-a-ficar-entre-os-mais-bem-avaliados-em-ranking-global>. Acesso em: 10 set. 2021.

WALD, Arnoldo. Uma nova visão dos tratados de proteção de investimento e da arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Brasília, DF, v. 21, p. 9-29, abr./jun. 2009. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/t?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001708ce2d073f5d5574a&docguid=I6580d1202d4111e0baf30000855dd350&hitguid=I6580d1202d4111e0baf30000855dd350&spos=2&epos=2&td=967&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 28 fev. 2020.

Como citar: NUNES, Danilo Henrique; MONTES NETTO, Carlos Eduardo Montes; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A utilização da arbitragem para os contratos de investimento no Brasil:

vantagens em relação ao procedimento judicial. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 71-91, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p71. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2020-12-27

Aprovado em 2021-09-12

MEDIAÇÃO EM CARTÓRIOS NA ITÁLIA E NO BRASIL

NOTARY PUBLIC MEDIATION IN ITALY E BRAZIL

Joao Garani*
Eveline Denardi**

Como citar: GARANI, Joao; DENARDI, Eveline. Mediação em cartórios na Itália e no Brasil. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 92-108, nov. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n3p92. ISSN: 2178-8189.

Resumo: Este artigo tem como objetivo evidenciar a contribuição que as serventias extrajudiciais podem prestar para o aumento da efetividade dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias e, mais especificamente, da mediação. Analisa-se ainda a colaboração com o Poder Judiciário, na medida em que o cartório tem um natural inclinação para absorver atribuições, tradicionalmente prestadas judicialmente, mas que, por não envolverem lides, podem ser solucionadas administrativamente. E, ainda que haja conflitos, como é o caso da mediação, o interesse das partes na composição permite a solução extrajudicial. Para tanto foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o tema. Foi feito ainda um estudo do instituto da mediação no direito italiano, bem como do serviço notarial naquele país, com objetivo de verificar as contribuições que ele pode dar ao direito brasileiro.

Palavras-chave: Mediação. Cartório. Itália. Brasil.

Abstract: This article aims to highlight the contribution that extrajudicial services can provide to increase the effectiveness of extrajudicial means of dispute resolution and, more specifically, mediation. Collaboration with the Judiciary Branch is also analyzed, insofar as the notary's office has a natural inclination to absorb attributions, traditionally provided in court, but which, as they do not involve disputes, can be resolved administratively. And, even if there are conflicts, as in the case of mediation, the interest of the parties in the composition allows for an extrajudicial solution. Therefore, a bibliographical review on the subject was carried out. A study was also carried out on the institute of mediation in Italian law, as well as on the notarial service in that country, in order to verify the contributions it can make to Brazilian law.

Keywords: Mediation. Notary. Italy. Brazil.

*Mestrando em Direito pela
Escola Paulista de Direito
E-mail: joogarani@gmail.com

**Doutor e mestre em
Direito peDoutora em Direito
Constitucional pela Pontificia
Universidade Católica de São
Paulo
Professora na Escola Paulista de
Direito
E-mail: evelinedenardi@uol.com.
br

INTRODUÇÃO

As serventias extrajudiciais têm presença intensa na vida da população, e acompanham o indivíduo nos principais momentos da sua existência. Como se sabe, todos nascem, muitos se casam e todos morrem. É certo que, para o Estado, o nascimento jurídico do indivíduo só ocorre com o respectivo registro, ocasião na qual ele é elevado ao *status* de cidadão. Nessa linha, a primeira contribuição dos cartórios para o Poder Público é justamente disponibilizar esses dados, que irão orientar a execução das políticas públicas. Até agora, mencionou-se apenas uma das atribuições do registro civil de pessoas naturais que, por sua vez, é um dos 7 tipos de cartórios existentes no país, nos termos do artigo 5º da Lei n. 8.935/1994, abaixo reproduzido:

Art. 5º Os titulares de serviços notariais e de registro são os: I - tabeliães de notas; II - tabeliães e oficiais de registro de contratos marítimos; III - tabeliães de protesto de títulos; IV - oficiais de registro de imóveis; V - oficiais de registro de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas; VI - oficiais de registro civil das pessoas naturais e de interdições e tutelas; VII - oficiais de registro de distribuição (BRASIL, 1994).

Quando consideradas as competências de todas essas especialidades, tem-se uma gama extensa de atribuições cuja função principal é conferir autenticidade, segurança, publicidade e eficácia aos atos jurídicos. Dessa forma, o presente estudo tem por finalidade demonstrar, por meio de da análise do direito notarial e registral, a contribuição que os cartórios podem dar para o instituto da mediação. Para tanto, buscou-se examinar a experiência italiana sobre o tema, cuja sistemática pode trazer inspiração para o modelo brasileiro.

Seguindo esta linha, pretende-se demonstrar ainda como e porque as serventias extrajudiciais possuem uma vocação espontânea para auxiliar o Poder Judiciário realizando os procedimentos “alternativos” de solução de conflitos, tendo como foco a prática da mediação. Para subsidiar o presente artigo, antes do ingresso diretamente no tema da mediação cartorial no Brasil, analisar-se-á

inicialmente e, em linhas gerais, a experiência italiana da mediação em cartórios. Nesse país, desde 2005, há uma entidade notarial competente para formar, incentivar e regular a mediação notarial, e, desde 2010, uma lei vanguardista específica sobre mediação. Importa notar ainda que a União Europeia Europa tem realizado um grande esforço para incentivar a prática da mediação, criando uma série de normas e de orientações gerais sobre o tema.

Em seguida, traçou-se um panorama geral da atuação dos cartórios no Brasil, a fim de verificar se eles têm conseguido efetivamente colaborar na administração da justiça. Por fim, foi analisada especificamente a atuação dos cartórios nos procedimentos de mediação extrajudicial.

1 REGRAS GERAIS DA UNIÃO EUROPEIA

São inegáveis as semelhanças entre o regramento dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos entre os países europeus, especialmente no que tange ao instituto da mediação. Isso pode ser entendido, inicialmente, pela natural semelhança étnica, cultural, histórica e jurídica entre esses povos. Uma breve análise histórica permite identificar que desde o período de Carlos Magno – com a expulsão dos mouros, saxões e bávaros – houve o afloramento do sentimento identitário comum europeu, com o enaltecimento das semelhanças dos povos do território.

Não é por outra razão que o Papa João Paulo II referiu-se ao Imperador Carolíngio como o Pai da Europa em seu discurso de agradecimento, por ocasião do recebimento do Prêmio Internacional Carlos Magno. Aliás, já naquela oportunidade, em 2004, o Papa defendeu a mediação de valores, unidade política e liberdades individuais na Europa (JOÃO PAULO II, 2004).

Sem dúvidas, foi esse sentimento comum dos habitantes da Europa que permitiu sucessivas integrações políticas e econômicas que culminaram na formação da União Europeia, em 1993, com a assinatura do Tratado de Maastricht e, posteriormente, em 1999, com a adoção da moeda única.

Desde o início do bloco, suas decisões mais sensíveis são tomadas pelo Conselho Europeu. Hoje oficial, o Conselho teve sua primeira reunião em 1961, em Paris, informalmente. Agora, como instituição permanente, é responsável por promover políticas crescentes de integração entre os países europeus. O órgão possui também a função de mediar conflitos entre os Estados-membros, sendo considerado a maior autoridade política da União Europeia.

Com o advento do Tratado de Lisboa de 2007, que alterou o tratado da União Europeia e instituiu a Comunidade Europeia, estabeleceu-se a cooperação judiciária em matéria civil, assentada no princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais, cujo objetivo é adotar medidas de aproximação das disposições legislativas dos Estados-membros.

O artigo 65 do referido diploma estabelece uma série de postulados de caráter integrativo, como a possibilidade de citação e notificação transfronteiriça dos atos judiciais e extrajudiciais e a busca pela compatibilização de normas regionais no que tange ao conflito de leis e de jurisdição. O Tratado igualmente se preocupou com o auxílio dos países para a obtenção de meios de prova, o acesso efetivo à justiça, além de eliminar barreiras à tramitação dos processos cíveis, promovendo, se necessário, a compatibilização da legislação processual civil dos Estados-membros.

Há ainda a preocupação com a formação dos magistrados, funcionários e agentes de justiça. Mas o ponto que mais interessa a este artigo é justamente a previsão expressa no acordo da busca do desenvolvimento de métodos alternativos de resolução dos litígios. Importa notar que já em 1999, o Conselho, em uma de suas reuniões, solicitou aos países que criassem procedimentos extrajudiciais. Tal previsão foi efetivada 4 anos mais tarde pela Diretiva n. 52/2008, do Conselho da União Europeia, trazendo orientações para a implementação da mediação em matéria civil e comercial.

A principal norma regente dos procedimentos de mediação na Europa é a Diretiva n. 52/2008 editada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia. Trata-se de uma norma composta de orientações gerais que buscam a um só tempo estimular e uniformizar a adoção da mediação pelos Estados-membros.

Em linhas gerais, a diretiva traz os seguintes princípios: primeiro, a mediação deve ser pautada pela voluntariedade, salvo obrigatoriedade definida pelo Estado, mas sempre assegurando o acesso à justiça. O procedimento igualmente deve pautar-se pela informalidade e pela liberdade, para que as partes possam organizar o procedimento. Em regra, não deve haver a imposição rígida de prazos, embora os tribunais possam estipular prazos máximos. Também deve ser possível aos juízes e tribunais recomendarem diretamente a mediação pelas partes.

A diretiva também se preocupa com a boa formação dos mediadores para que os procedimentos ganhem a confiança das partes e tenham efetividade. Nesse sentido é o artigo 4 - Garantir a qualidade da mediação:

1. Os Estados-Membros devem incentivar, por todos os meios que considerem adequados, o desenvolvimento e a adesão a códigos voluntários de conduta pelos mediadores e organismos que prestem serviços de mediação, bem como outros mecanismos eficazes de controlo da qualidade da prestação de serviços de mediação.
2. Os Estados-Membros devem incentivar a formação inicial e contínua dos mediadores, a fim de garantir que a mediação seja conduzida de modo eficaz, imparcial e competente relativamente às partes (ESTRASBURGO, 2008, art. 4).

A esse respeito, ainda em 2002, a convite do Conselho de Ministros da Justiça, a Comissão Europeia apresentou um Livro Verde para tratar dos meios “alternativos” de resolução de litígios (excluída arbitragem).

Como consequência, surgiram dois documentos. O primeiro deles foi a Diretiva n. 52/2008 e, o segundo, o Código Europeu de Conduta para Mediadores, formalmente publicado em julho de 2004. O Código é de observância facultativa pelos mediadores individuais e pelos órgãos de mediação – é certo que a adesão ao Código não afasta a incidência das normas dos países do bloco.

O documento dispõe que os mediadores frequentem um curso de mediação adequado e realizem estudos continuados visando aperfeiçoar suas aptidões e a qualidade das mediações. Também é dever do mediador aderir ao Código, informar às partes a respeito de suas qualificações profissionais e recusar mediar conflitos que fujam da sua capacidade e experiência.

Um ponto interessante desse documento é a sua abordagem sobre a parcialidade. O mediador deve atuar de forma independente e neutra, mantendo absoluta imparcialidade. Assim, o mediador tem o dever de declarar-se impedido de iniciar ou prosseguir na mediação se houver qualquer situação que possa afetar sua independência. São exemplos citados no código de conduta, a existência de relação pessoal com uma das partes, interesse financeiro no resultado da mediação e ter o mediador prestado serviços a uma das partes.

O processo de mediação, segundo o código, deve correr de maneira que permita às partes conhecerem todo o seu desenvolvimento, além da função do mediador. É seu papel assegurar que as partes conheçam e concordem com os termos do procedimento, incluindo o dever de todos quanto à confidencialidade.

Há ainda a orientação para o mediador formalizar o acordo quando solicitado pelas partes. Entretanto, é de bom alvitre que o acordo seja sempre documentado. Isso garante a produção de uma prova pré-constituída do acerto, o que, em caso de descumprimento, irá dispensar a parte prejudicada de um demorado procedimento probatório, que certamente envolveria a necessidade de oitiva de testemunhas em audiência, reunião de documentos do procedimento e outras providências, evitáveis com a documentação do termo.

Finalizando a questão deontológica da mediação europeia, o estatuto que orienta a conduta dos mediadores se preocupou com a isonomia da mediação. Isso porque a condução dos trabalhos deve considerar as peculiaridades do caso concreto, inclusive eventuais desigualdades ou ilegalidades, podendo, por exemplo, ouvir as partes separadamente. Há também que se ter em mente sempre a necessidade de uma rápida resolução do conflito.

De um modo geral, é possível afirmar que a Diretiva n. 52/2008 teve uma boa aceitação entre os países do bloco. Tal foi a conclusão do Parlamento Europeu, formalizada por meio de resolução em 2017, P8TA 2017 0321 (ESTRASBURGO, 2017).

Entre as principais constatações da entidade está o fato de que países como Croácia, Estônia, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Lituânia, Países-Baixos, Polônia, Portugal, Eslováquia e Espanha atualizaram e revisaram suas legislações internas para adequá-las à diretiva da União Europeia. Além disso, em todos os países há a possibilidade de o Poder Judiciário ser o indutor da mediação entre as partes. Em alguns países, a passagem pela mediação é obrigatória. Em muitos locais, os advogados são obrigados a informar seus clientes da possibilidade de buscar a mediação – o fato deverá constar das petições.

Alguns Estados-membros oferecem incentivos financeiros para que os litigantes optem pela mediação, seja reduzindo custos, seja aplicando sanções por recusa injustificada em considerar a composição. De modo geral, os resultados que a aplicação da diretiva nos países atingiu foi considerada bastante positiva, demonstrando que a mediação gerou a resolução de litígios de forma econômica, mais célere e, de certa forma, personalizada às necessidades das partes.

A respeito do Código de Conduta Europeu para Mediadores, tratado acima, o Conselho afirmou que se trata de um instrumento importante para assegurar a qualidade da mediação, e observou que é diretamente utilizado como base para códigos nacionais. Outra recomendação

acatada em grande parte pelos países é a necessidade de frequentar um curso de formação de mediadores.

Também foi comemorada a providência de se desenvolver o Portal Europeu da Justiça, plataforma *online* oficial criada para possibilitar o acesso a dados dos sistemas de justiça dos países do bloco. Nele há uma área dedicada à mediação internacional entre os Estados-membros, com informações sobre os estágios da legislação sobre mediação em cada país. Providência fundamental já que são cada vez mais frequentes as relações que ultrapassam as fronteiras do Estado, como a formação de uniões de cidadãos de diferentes nacionalidades (URSO, 2012).

Segundo o Parlamento, considerando que a mediação e os demais métodos extrajudiciais de resolução de conflitos são facultativos, é indispensável aos Estados-membros a adoção de medidas para garantir que os acordos gozem de exequibilidade célere e econômica, respeitada a lei interna e comunitária.

Nesse sentido, houve preocupação com a necessidade de homologação dos acordos de mediação por autoridade pública, regra presente na maioria dos países. Isso porque tal providência, embora salutar para a segurança, pode acarretar incremento dos custos do procedimento. Importante salientar que no caso do acordo celebrado por um mediador notarial, o respectivo instrumento será dotado de fé pública na origem, o que dispensaria a intervenção de outro órgão público.

Outra questão constatada foi a dificuldade em se obter os dados sobre a mediação em todos os países, como, por exemplo, estatísticas de duração, custos e êxito. Essas informações devem ser buscadas pela Rede Judiciária Europeia, para uma análise mais precisa dos resultados da Diretiva 52.

Por fim, a resolução apresentou suas recomendações aos Estados-membros, que devem prosseguir incentivando a adoção da mediação, especialmente por meio de campanhas de informação, e da busca por uma maior integração entre os profissionais do direito nessa seara. Segundo o Parlamento, há também a necessidade de a Comissão criar normas gerais de mediação com a aplicação em toda comunidade, como forma de uniformizar minimamente a matéria. Na mesma linha, deve-se criar registros nacionais dos processos de mediação, o que permitiria aos mediadores consultas visando o seu aprimoramento. De modo geral, a resolução demonstrou que o Parlamento Europeu tem a mediação em alta conta e preocupa-se com a sua plena implementação em toda a Comunidade Europeia.

2 MEDIAÇÃO NA ITÁLIA

Pelas razões demonstradas acima, há grande semelhança no tratamento dado à mediação entre os países europeus. Assim, optamos por analisar mais detidamente o modelo italiano, campeão em número de mediações entre os países da Europa, para verificar se ele pode contribuir com o modelo nacional, sempre tendo por foco a mediação notarial.

A base legal que respalda a mediação entre os italianos é o Decreto Legislativo n. 28/2010

(ALTALEX, 2020). O texto autoriza que quaisquer entes públicos ou privados, que tenham garantia de seriedade e eficiência, possam habilitar-se como órgãos mediação. Para tanto, devem obter registro e seguir as regras do Ministério da Justiça. Assim, ao contrário do Brasil (BRASIL, 2015), a função não é livre e só pode ser exercida por profissionais registrados do Ministério da Justiça, direta ou indiretamente (profissionais vinculados a órgão de mediação autorizado).

Algumas categorias, entretanto, receberam um tratamento menos rigoroso. Os conselhos de advogados, por exemplo, podem instituir um órgão de mediação dentro de cada tribunal. Nesse caso, seu registro é facilitado e ocorre mediante simples solicitação.

De forma semelhante, as câmaras de comércio, indústria, artesanato e agricultura, que exercem a mediação desde muito antes da lei, também são registradas mediante simples solicitação. A Lei n. 580/1993 já reconhecia às câmaras a atribuição para o exercício da arbitragem e da conciliação (ITÁLIA, 1993).

O direito italiano define a mediação como a atividade realizada por terceiro imparcial com o objetivo de auxiliar dois ou mais sujeitos na busca de um acordo amigável para a solução de uma controvérsia, ou com a formulação de uma proposta de resolução da mesma. Como o mediador é a pessoa que, individual ou coletivamente, realiza a mediação, permanece, em qualquer caso, privado do poder de fazer julgamentos ou decisões vinculativas para os destinatários do próprio serviço. Interessante notar que não há distinção entre a figura do mediador e do conciliador. A lei chama de conciliação a própria solução do conflito alcançada pela mediação, ou seja, o acordo.

Um ponto interessante na lei de mediação é a competência territorial. Novamente aqui, o direito estrangeiro afasta-se do nosso. De acordo com o artigo 4º do Decreto Legislativo n. 28, o pedido de mediação deve ser apresentado a um mediador da localidade do foro que seria o competente para a propositura de eventual ação sobre a causa “La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all’articolo 2 è presentata mediante deposito di un’istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia¹” (ALTALEX, 2020, art. 4).

Quanto à obrigatoriedade, o direito italiano se afasta do brasileiro novamente. Isso porque, prevalece a orientação geral da diretiva europeia que indica que a mediação deve ser facultativa. Entretanto, a Itália (e outros países do bloco), determina a obrigatoriedade do procedimento de mediação em algumas matérias. Assim, a comprovação, nos autos, da tentativa frustrada de composição é condição de procedibilidade de determinadas ações.

O artigo 5º do decreto determina que aqueles que pretendam ajuizar uma ação relativa a questões como condomínio, direitos reais, divisão, sucessões hereditárias, acordos de família, locação, comodato, arrendamento de empresas, ressarcimento por danos de veículos, responsabilidade médica, difamação, contratos de seguro, bancários e financeiros devem previamente tentar a mediação.

O juiz pode inclusive, ao receber a apelação, remeter as partes à mediação. Para tanto, o juiz deve avaliar a natureza da causa, o estado da instrução e o comportamento das partes. Nesse

¹ O pedido de mediação relativo aos litígios referidos no artigo 2.º é apresentado através da apresentação de um pedido a um órgão em substituição do juiz territorialmente competente para o litígio (Tradução nossa).

caso, a tentativa de mediação é condição de procedibilidade do recurso.

Naturalmente que a regra da obrigatoriedade deve ser executada de forma razoável. Deve-se cuidar para que o ambiente de mediação não seja hostil a qualquer das partes, sobretudo quando se tratar de relações desiguais. Além disso, o Professor da Universidade de Florença, Vincenzo Vigoriti (2009, p. 70), demonstra ainda preocupação com o local onde as tentativas de mediação devem ocorrer, especialmente em se tratando de relações transfronteiriças, para que não haja abusos contra a parte mais vulnerável.

Em 2012, a regra da obrigatoriedade da mediação foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. A Corte entendeu que obrigar as partes à mediação configura abuso de poder do Estado. Contudo, já em 2013, foi publicado o Decreto Legislativo n. 69 que voltou a prever a obrigatoriedade da mediação, alterando a redação do artigo 5º do Decreto 28. Porém, dessa vez, as partes podem invocar a cláusula *opt-out*.

O fato é que, somente em 2017, a Itália promoveu 20.965 acordos de mediação. O próprio parlamento Europeu, na reunião realizada em 09/12/2017, afirmou que o país realiza 6 vezes mais mediações que a média dos demais países europeus. Em 2018, a taxa de sucesso de procedimentos de mediação que continuaram após a primeira audiência foi de 45% (AUTOR?, ano?).

Outro fato curioso diz respeito à mediação induzida judicialmente. Inicialmente, os juízes não deram maior atenção ao instituto. Em 2015, apenas 2% dos procedimentos de mediação começavam por iniciativa dos magistrados. Porém, com os resultados positivos aparecendo, esse número foi aumentando rapidamente e, em 2017 e 2018, passou a marca de 15% (MATTUCCI, 2019).

A lei italiana preocupou-se também com a celeridade do procedimento, fixando prazo máximo de três meses para a duração da mediação. Essa providência deveria ser considerada por legisladores de outros países, já que uma das vantagens da mediação sobre o processo judicial mais invocadas é justamente a sua celeridade.

Atualmente, com a crise global da Covid-19, a Itália recorreu às novas tecnologias para mitigar os efeitos da pandemia. Em 17 de março de 2020, foi publicado o Decreto Legislativo n. 18 dispondo de medidas para combater o coronavírus (SARRACENO, 2020).

O artigo 83 da referida norma trata de providências no âmbito judicial, como os casos de suspensão de prazos e limitações de acesso ao público. O item 20 do artigo determinou a suspensão dos procedimentos de mediação. Entretanto, o diploma legal trouxe a possibilidade do uso de meios eletrônicos, notadamente de videoconferência para a prática de atos no âmbito da administração pública e do Poder Judiciário.

Dessa forma, nada obsta que os procedimentos de mediação continuem se realizando de forma remota. O mediador pode, portanto, seguir formalizando os acordos firmados por via remota, e autenticando acordos realizados por e enviados a ele eletronicamente, caso seja um notário mediador (SARRACENO, 2020).

3 ATIVIDADE NOTARIAL NA ITALIA

O sistema notarial italiano é um dos mais antigos e respeitados do mundo. Na região de Bologna, onde há alguns dos seus registros mais remotos, a atuação dos notários desenvolveu-se concomitante e simbioticamente à Universidade de Bolonha, famosa por ser a primeira do mundo, fundada no século XI. Entre as atribuições do notário primitivo, estava a transcrição de textos legais e a elaboração de documentos privados. Mas foi no século seguinte que os tabeliães italianos conquistaram sua principal característica: a fé pública. Desde então, seus atos passaram a ser considerados válidos, independentemente da intervenção de qualquer outra autoridade (LA STORIA..., 2005).

Atualmente, a função é outorgada diretamente pelo Ministério da Justiça após um concurso público nacional de 4 fases, realizado na cidade de Roma. Entre outros requisitos, o candidato deve ser graduado em direito e apresentar conduta moral irrepreensível. A atividade é regulamentada pela Lei n. 89/1913.

O principal órgão da classe é o Conselho Nacional do Notariado. Trata-se de órgão político, representativo da categoria, composto por 20 notários eleitos por todos os tabeliães do país.

O Conselho criou, em 2005, o ADR Notariato, órgão responsável pela prática de Mediação e Arbitragem pelos cartórios. Obtendo o registro junto ao Ministério da Justiça, em 2007, o ADR Notariato também atua na formação de mediadores civis e comerciais. O órgão oferece um curso completo de formação de mediadores, voltado para os tabeliães, realizado em Roma com 58 horas de duração. O programa inclui o estudo das normas e jurisprudência nacionais e comunitárias, o procedimento da mediação, técnicas de gestão de conflitos, comunicação e negociação, além da função do mediador, princípios deontológicos e responsabilidades. Novamente nesse ponto aparece a influência da diretiva 58 da União Europeia e do Código de Conduta para Mediadores.

Os notários gozam de grande confiabilidade na Itália, seguem rígidos códigos de conduta e estão sujeitos à fiscalização contínua e a sanções graves. Tanto que, ao falar sobre o código de conduta de mediadores, Rosa Francaviglia toma como exemplo as regras de conduta aplicadas aos notários. Segundo a autora, o profissional que, de qualquer modo, comprometa com sua conduta, pública ou privada, a sua dignidade ou reputação, o decoro ou o prestígio da classe, inclusive como a redução ilegal de emolumentos e concorrência desleal, fica sujeito às penas de suspensão e destituição da função, nos termos do artigo 147 da lei notarial (FRANCAVIGLIA, 2009, p. 172).

Além da elevada reputação dos tabeliães junto à sociedade italiana, há outras vantagens no procedimento de mediação notarial. Como é sabido, este profissional do direito tem como função precípua – mas não a única – a formalização da vontade das partes. Assim, o notário poderá assessorar de forma equilibrada ambos os contendores, moldando o acordo de forma que não haja extrapolação dos limites legais, morais ou de ordem pública, garantindo que o ajuste seja formalmente perfeito e materialmente equânime.

Um outro benefício advindo da mediação notarial é a sua formalização. Nesse ponto é

conveniente de forma resumida os modelos registrais imobiliários. No Brasil, impera o sistema de direitos, que consiste no registro do instrumento obrigacional (contrato privado ou escritura pública) para gerar o direito real sobre o imóvel. Dessa forma, há uma forte presunção, que pode ser relativa ou absoluta, a depender do caso, sobre o direito de propriedade. Na Europa, esse sistema é adotado na Alemanha e na Espanha. De outro lado, tem-se o sistema de documentos, adotado na Itália (Itália, Código Civil, art. 2.643) em Portugal (Portugal, Código do Registo Predial, art. 5º) e em boa parte da Europa. Nesse modelo, a transferência da propriedade ocorre pelo contrato particular. E o registro desse documento ou a sua transcrição notarial tem função probatória e de gerar oponibilidade contra terceiros.

Assim, fica claro o proveito do acordo celebrado perante o notário. Com a formalização notarial, especialmente se a avença encampar bens imóveis, as partes garantem a oponibilidade contra terceiros e, por conseguinte, uma maior segurança, facilitando inclusive a sua exequibilidade.

Ademais, a Itália, como outros países, exige para a validade de determinados acordos, o visto de uma autoridade pública. Aqui, a mediação notarial aparece novamente como opção conveniente, pois o acordo assinado pelo notário já nasce dotado de fé pública, dispensando a interveniência de outro agente público.

4 PANORAMA DO SERVIÇO EXTRAJUDICIAL NO BRASIL

Os serviços notariais e registrais do Brasil têm experimentado recentemente uma considerável ampliação de suas atribuições. A confiança demonstrada pela sociedade nesses profissionais e a necessidade de o Estado dar respostas mais efetivas às demandas judiciais e sociais são alguns dos fatores que estão por trás desse movimento.

O notário e o registrador são profissionais do direito que, após aprovação em rigoroso concurso público de provas e títulos, recebem do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, a delegação da função pública da prática dos atos extrajudiciais. O cerne da função é a própria fé pública, na qual o profissional é investido sob responsabilidade. Nesse sentido, ilustrativas as palavras do Tabelião Reinaldo Velloso dos Santos (2012, p. ???):

A atribuição de fé pública aos atos praticados por tais agentes está diretamente relacionada ao acesso por concurso público, meio de verificação não só da capacidade intelectual como também de idoneidade moral; à rigorosa e contínua fiscalização por órgãos do Poder Público; e à previsão de responsabilidade nos âmbito civil, administrativo e penal.

No Brasil, desde 2018, os cartórios notariais e de registro têm autorização expressa para atuar promovendo mediações e conciliações extrajudiciais. A medida chega num momento em que a atividade extrajudicial vem recebendo crescentemente novas atribuições. São exemplos desse fenômeno o procedimento de alteração de nome e sexo no registro de nascimento diretamente

em cartório, nos termos do provimento n. 73/2018 do CNJ. Alguns estados, inclusive, adotaram medidas adicionais delegando outras atividades para o serviço extrajudicial. É o caso do estado de São Paulo que, desde 2013, permite que cartas de sentença de processos judiciais sejam extraídas por tabeliães de notas.

Contudo, o diploma mais vanguardista nessa seara, é a Lei n. 13.484/2017 que criou os escritórios de cidadania. A lei autoriza os cartórios com a especialidade do registro civil das pessoas naturais a prestar serviços de expedição de documento de identificação pessoal, cadastro de pessoa física, passaporte, carteira de trabalho, entre outros. Para tanto, faz-se necessária a celebração de um convênio com órgãos públicos responsáveis por tais documentos.

Naturalmente que tantos avanços acabam por gerar algumas resistências pontuais, notadamente daqueles que ainda têm uma visão mais concentradora do Poder Judiciário. Não é por outra razão que a lei acima foi alvo de uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADI n. 5855/DF, ajuizada pelo Partido Republicano Brasileiro (PRB) (ADI 5855/DF, Rel. Ministro Relator Alexandre de Moraes) (BRASIL, 2019).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. ORGANIZAÇÃO DOS SERVIÇOS AUXILIARES DO PODER JUDICIÁRIO. MP 776. CONVERSÃO NA LEI 13.484/2017. ART. 29, §§ 3º E 4º, DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. PROVIMENTO 66/2018 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. AUTORIZAÇÃO PARA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS POR ENTIDADES DE CLASSE DOS OFICIAIS DO REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS. CONTROLE PRÉVIO PELAS CORREGEDORIAS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

1. O acréscimo dos parágrafos 3º e 4º ao art. 29 da Lei de Registros Públicos, por emenda à MP 776, não se qualifica como contrabando legislativo, na medida em que há correlação temática com o objeto da proposição original. 2. É válida a atribuição aos Escritórios de Registro Civil das Pessoas Naturais de prestação de outros serviços remunerados, conexos aos seus serviços típicos, mediante convênio devidamente homologado pelo Poder Judiciário local, em credenciamento ou em matrícula com órgãos públicos e entidades interessadas, podendo o referido convênio ser firmado pelo Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código D476-8F89-77B3-1E17 e senha 5629-3F1B-D140-2D60 Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 43 Ementa e Acórdão ADI 5855 / DF entidade de classe dos Registradores Cíveis das Pessoas Naturais de mesma abrangência territorial do órgão da entidade interessada. 3. **O exercício de serviços remunerados pelos Escritórios de Registro Civil das Pessoas Naturais, mediante celebração de convênios, depende de prévia homologação pelo Poder Judiciário, conforme o art. 96, II, alínea “b”, e art. 236, § 1º, da CF.** 4. Medida cautelar parcialmente confirmada e Ação Direta julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme ao § 3º do art. 29, declarar nulidade parcial com redução de texto da expressão “independe de homologação”, constante do § 4º do referido art. 29 da Lei 6.015/1973, na redação dada pela Lei 13.484/2017, e declarar a constitucionalidade do

Provimento 66/2018 da Corregedoria Nacional do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2019, grifo nosso).

O Ministro Relator Alexandre de Moraes destacou a importância da ampliação dos serviços prestados pelos cartórios, desde que respeitada a pertinência temática:

É salutar a ampliação dos serviços, mas é necessária a conexão temática. Conforme previsto no Provimento 66 da Corregedoria Nacional de Justiça, que define que as serventias de registro civil das pessoas naturais do Brasil poderão, mediante convênio, credenciamento ou matrícula com órgãos públicos, prestar serviços públicos relacionados à identificação dos cidadãos, visando auxiliar a emissão de documentos pelos órgãos (BRASIL, 2019).

O alicerce sobre o qual se sustenta a norma, sem dúvidas, é a confiança refletida na segurança jurídica oferecida pelos cartórios. Outra vantagem do serviço extrajudicial é a sua capilaridade. Ilustrativamente, destacamos que apenas as serventias de registro civil somam o expressivo número de 13.627 no país, quantidade suficiente para alcançar todos os municípios do Brasil. Como exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos possui 6.300 agências no território nacional (dados de 2018). Já o Banco do Brasil conta com 3.692 agências (final de 2019), concentradas nas cidades maiores.

Nesse ponto, é importante tecer comentários mais detidos sobre aquela que é uma das mais importantes especialidades extrajudiciais: o registro civil das pessoas naturais. Os registradores civis são profissionais do direito, dotados de fé pública pelo Estado e fiscalizados pelo Poder Judiciário, cuja remuneração obedece a uma tabela de emolumentos fixada por lei estadual, que são repassados ao Estado em percentuais que em média somam 50% do valor. É importante notar que os oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os atos praticados no exercício da função, independentemente da prática ter sido pessoal ou por preposto.

Vale lembrar também o forte caráter social dessa especialidade. Como é de amplo conhecimento, 100% dos registros de nascimento e óbito são gratuitos para todos, incluída a primeira certidão respectiva, nos termos da Lei n. 6.015/1973: “Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva” (BRASIL, 1997). E, desde a entrada em vigor, em 1998, já foram praticados mais de 160 milhões de atos gratuitos. Em relação ao casamento civil, 70% são realizados gratuitamente para as pessoas pobres.

Outro procedimento que foi desjudicializado com grande êxito foi o reconhecimento de paternidade. Desde 2012, com o provimento n. 16 do CNJ, o reconhecimento tornou-se muito mais simples e célere, realizado diretamente em cartório. Para tanto, basta o comparecimento do genitor à serventia para declarar o reconhecimento com a anuência da mãe ou do filho maior. Todo procedimento ocorre independentemente da manifestação do Ministério Público ou do Poder Judiciário.

O bom desempenho dessas atribuições colocou o cartório como a instituição mais

confiável do país, segundo a pesquisa “confiança nas instituições” realizada pelo Datafolha, em 2015, nas cidades de Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba e Belo Horizonte. Foram 1.045 pessoas abordadas na saída de 97 cartórios. Os inquiridos apontaram as serventias cartoriais como a instituição mais confiável do país, entre todas as instituições públicas e privadas (DATAFOLHA..., 2017).

A pesquisa consistiu em atribuição de uma nota de 0 a 10 – os cartórios alcançaram uma média de 7,6. 77% dos entrevistados ainda se manifestaram contrários a mudanças no sistema atual. O Datafolha também divulgou o perfil do usuário: 55% têm curso superior, com renda acima de 5 salários-mínimos e 57% estavam na serventia para uso próprio. As especialidades mais utilizadas foram o serviço de notas (44%) seguida do registro civil (39%). Os entrevistados foram, em média, 18 vezes ao cartório nos últimos 12 meses (DATAFOLHA..., 2017).

Convém destacar ainda que a atual estrutura do registro civil contribuiu para que o índice de sub registro no Brasil seja de apenas 1%, superando a meta estipulada pela ONU, que é de 5%. Esse feito é fundamental pois o registro do indivíduo representa o seu nascimento como cidadão perante o Estado e a comunidade. E, sem a certidão de nascimento, não é possível obter nenhum outro documento de identificação.

Cita-se ainda uma importante conquista da atividade que é a Central de Informações do Registro Civil, um repositório de dados de nascimento, casamentos e óbitos, incluindo a possibilidade de busca de dados de falecimentos de pessoas não identificadas. A Central é mantida pela Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Brasil (ARPEN Brasil). Essas informações são vitais para o conhecimento da situação do país, possibilitando e subsidiando o implemento de uma série de políticas públicas.

A Central do Registro Civil já conta com mais de 720 milhões de atos em sua base de informações. Graças a um convênio com a Receita Federal do Brasil, os cartórios já emitiram mais 9 milhões de CPFs, gerados por ocasião do registro de nascimento. Por meio de sua plataforma, é possível que qualquer pessoa solicite a certidão de nascimento, casamento ou óbito, podendo optar por retirar a certidão no cartório mais próximo ou recebê-la em casa.

Outra atribuição relativamente recente dos cartórios é a possibilidade deles realizarem o apostilamento de documentos para a produção de efeitos no exterior. Trata-se do ato pelo qual certifica-se a autenticidade de documentos expedidos pelos 112 países signatários da Convenção de Haia (Decreto n. 8.660/2016), permitindo atestar sua origem, selo, assinatura e cargo do agente público. Assim, basta ao interessado levar o documento que desejar validar para uso no exterior a um tabelionato de notas para que a aposição da apostila (formulário fixado no verso do documento) seja realizada no documento original, ao custo de uma procuração sem valor econômico. Dessa forma, fica dispensada a apresentação do documento em consulados onde os procedimentos de legalização de documentos são consideravelmente mais custosos e demorados.

A seguir será analisada a possibilidade de os cartórios oferecerem serviço de mediação e de conciliação, nos termos da norma editada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018.

5 MEDIAÇÃO NOS CARTÓRIOS NO BRASIL

Pelo exposto acima, não se estranha que as serventias extrajudiciais tenham recebido formalmente autorização para realizar mediações. Aliás, há uma vocação natural dessas instituições para a prática de atos consensuais, nos quais está presente o interesse na composição. Exemplos disso são a realização pelas serventias de separações, divórcios, inventários e usucapiões, desde que figurem como partes interessadas, pessoas maiores, capazes e concordes.

Nessa linha, o Conselho Nacional de Justiça editou uma norma administrativa autorizando expressamente a prática dos procedimentos de conciliação e mediação pelos serviços notariais e de registro. Em março de 2018, foi publicado o Provimento n. 67, que determinou aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NEPEMEC) e às Corregedorias-gerais de justiça a incumbência de fixarem o processo de autorização dos serviços notariais e registrais para a prática de conciliação e mediação.

A atribuição é facultativa aos cartórios, que devem solicitar autorização para prestar o serviço, que ficará sob a fiscalização da respectiva corregedoria geral da justiça bem como do juiz responsável pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da comarca.

O titular da serventia e os escreventes por ele designados para realizar as mediações (limitado ao máximo de 5), deverão ser formados em cursos para o desempenho da função, oferecidos pelas escolas judiciais de formação ou por associações credenciadas e supervisionadas pelo Poder Judiciário. A preocupação com a formação não parou por aí. Todos os mediadores devem frequentar cursos de aperfeiçoamento a cada dois anos para continuar atuando.

Quanto ao procedimento, as partes interessadas na composição do litígio devem formular um requerimento escrito a uma serventia extrajudicial de qualquer especialidade. O pedido pode ser feito inclusive via formulário padrão disponibilizado pelo tabelião. O cartório deve ter um espaço reservado onde possam ser realizadas as audiências de mediação e de conciliação de maneira a resguardar a privacidade das partes e a confidencialidade do procedimento. O controle dos pedidos de mediação deve ser feito por meio de livro protocolo. Igualmente será aberto um livro próprio para lavratura dos termos de audiência de conciliação e de mediação.

Os cartórios ainda possuem poder para promoverem medidas de incentivo à negociação e à quitação de dívidas protestadas. Trata-se de procedimento previsto no Provimento n. 72/2018 do Conselho Nacional de Justiça, que autoriza o tabelião do protesto de letras e títulos do Brasil a intermediar negociações entre credores e devedores de títulos protestados. Para tanto, deve haver requerimento do credor ou do devedor para a atuação do cartório. A partir daí, a serventia de protesto poderá promover avisos, notificações e poderá receber os valores em condições especiais de abatimento e parcelamento.

CONCLUSÃO

O crescimento dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias representa um inegável avanço. Sobretudo, ao considerar-se que já há alguns anos o Poder Judiciário tem mostrado dificuldades de se desincumbir a contento do grande número de demandas que lhe são propostas diariamente. De fato, o grande volume de litígios judicializados inviabiliza soluções personalizadas, céleres e capazes de alcançar a pacificação efetiva do caso concreto.

Nesse contexto, destaca-se a mediação como uma via adequada para muitos tipos de litígios, nos quais haja possibilidade do diálogo. Como vantagem, este método oferece soluções construídas ativamente pelas partes envolvidas segundo suas necessidades, pretensões e possibilidades. Ademais, por regra, a mediação tende a ser mais célere, poupando os envolvidos do desgaste de um processo judicial, por vezes, mais custoso e longo.

Desta feita, é natural que os métodos extrajudiciais, especialmente a mediação, continuem crescendo e sendo incentivados por entidades públicas e privadas. Especialmente no que tange à mediação notarial, foi salutar a regulamentação da questão. Isso porque o tabelião é, em muitas cidades, o único braço jurídico do Estado. Ele é o profissional do direito que conhece bem a localidade, os costumes e, não raro, atua como uma espécie de consultor jurídico da população, em especial nos municípios menores do interior. Mas, ainda nas capitais e cidades grandes, o tabelião conhece os costumes, a cultura e a sociedade da sua região, podendo auxiliar as partes que o procurem na obtenção de acordos que ultrapassem a superfície meramente formal, e possibilitem a satisfação dos interesses subjacentes dos envolvidos.

Ademais, para além da capacidade jurídica e intelectual, o profissional do extrajudicial, terá naturalmente condições mais favoráveis para mediar os conflitos de sua localidade. Ainda, pelas razões acima, é razoável supor que ele terá maior familiaridade aos problemas de sua região e, conseqüentemente, maior sensibilidade no trato dos conflitos daí decorrentes.

Convém destacar ainda que a mediação notarial tem o benefício de contar com a interveniência de um profissional dotado de fé pública pelo Estado. A própria formalização do procedimento, bem como do termo de acordo gozam da segurança notarial, sendo perpetuados nos livros e nos arquivos do cartório.

Assim, o notário, como a sua isenção e com confiança nele depositada pelo Estado e pela sociedade certamente goza das armas necessárias para obter um bom desempenho da mediação, podendo oferecer às partes segurança e imparcialidade para a celebração de um acordo equilibrado à luz da lei e do direito, com o escopo na pacificação social.

REFERÊNCIAS

ADR NOTARIATO. Roma, [2020]. Disponível em: <https://www.adrnotariato.org/>. Acesso em: 2 jun. 2020.

ALTALEX. **Mediazione civile**: il testo aggiornato del D.Lgs. 28/2010: Decreto legislativo,

04/03/2010 n° 28, G.U. 05/03/2010. Milano: Altalex, 2020. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2013/11/04/mediazione-civile-il-testo-aggiornato-del-dlgs-28-2010>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BANCO do Brasil fecha 409 agências e reduz quadro em 3,7 mil funcionários. **Pequenas Empresas e Grandes Negócios**, [São Paulo], 13 fev. 2020. Disponível em: <https://revistapegn.globo.com/Noticias/noticia/2020/02/banco-do-brasil-fecha-409-agencias-e-reduz-quadro-em-37-mil-funcionarios.html>. Acesso em: 1 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n° 8.935, de 18 de Novembro de 1994**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. **Lei n° 9.534, de 10 de Dezembro de 1997**. Dá nova redação ao art. 30 da Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, que dispõe sobre os registros públicos; acrescenta inciso ao art. 1° da Lei n° 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, que trata da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; e altera os arts. 30 e 45 da Lei n° 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Brasília: Presidência da República, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Ação direta de inconstitucionalidade (med. liminar) - 5855**. Trata-se de ação direta proposta pelo Partido Republicano Brasileiro, PRB, em face do art. 29, §§ 3° e 4°, da Lei Federal 6.015/1973, Lei de Registros Públicos, com a redação dada pela Lei Federal 13.484/2017, dispositivos que facultam aos ofícios de registro civil das pessoas naturais de todo país a prestação de serviços remunerados mediante a celebração de convênios, credenciamento ou matrícula com órgãos públicos e entidades de outra natureza. Recorrente: Partido Republicano Brasileiro - PRB. Recorrido: Presidente Da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5855&numProcesso=5855>. Acesso em: 1 nov. 2019.

DATAFOLHA aponta cartórios como a instituição mais confiável do Brasil. **Registro Civil**, [São Paulo], 13 jul. 2017. Disponível em: <https://blog.registrocivil.org.br/2017/07/13/datafolha-aponta-cartorios-como-a-instituicao-mais-confiavel-do-brasil/>. Acesso em: 30 maio 2020.

ESTRASBURGO. Parlamento Europeu. **P8_TA(2017)0321**. Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2017, sobre a aplicação da Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, sobre certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial 2017. Estrasburgo: PE, 2027. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0321_PT.html?redirect. Acesso em: 20 maio 2020.

ESTRASBURGO. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. **Jornal Oficial da União Européia**, Estrasburgo, 24 maio 2008. Directivas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>. Acesso em: 2 jun. 2020.

FRANCAVIGLIA, Rosa. **Come tutelarsi nella mediazione immobiliare**. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2009.

ITÁLIA. Ministero Dello Sviluppo Economico. **Legge 29 dicembre 1993, n. 580**.

Riordinamento delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Roma: MISE, 1993. Disponível em: https://www.mise.gov.it/images/stories/commercio_internazionale/legge_580_93/Legge_580_1993.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

JOÃO PAULO II, Papa. **Discurso do Papa João Paulo II durante o conferimento do Prêmio Internacional “Carlos Magno” da Cidade de Aquisgrano**. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2004. Disponível em: http://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/speeches/2004/march/documents/hf_jp-ii_spe_20040324_premio-carlo-magno.html. Acesso em: 25 maio 2020.

LA STORIA del Notariato. Milano: The Italian Notaries, 2005. Disponível em: <https://www.notaio-busani.it/it-IT/notaio-storia.aspx>. Acesso em: 20 maio 2020.

MATTUCCI, Giovanni. Mediazione e giudici in Italia. **Mondo ADR**, Roma, 9 mar. 2019.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Portal da Transparência do Registro Civil**. 2020. Disponível em: <https://transparencia.registrocivil.org.br/inicio>. Acesso em: 25 maio 2020.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Apontamentos sobre o protesto notarial**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SARRACENO, Massimo. L'attività notarile a valle del procedimento di mediazione alla luce dell'art. 83, comma 20-bis, D.L. 17 marzo 2020, n.18. **Feder Notizie**, Lombardia, 20 mag. 2020. Disponível em: <https://www.federnotizie.it/lattivita-notarile-a-valle-del-procedimento-di-mediazione-alla-luce-dellart-83-comma-20-bis-d-l-17-marzo-2020-n-18/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

URSO, Elena. **La mediazione familiare: modelli, principi, obiettivi**. Firenze: Firenze University Press, 2012.

VERDÉLIO, Andreia. Correios fecham 41 agências a partir de hoje. **Agência Brasil**, Brasília, 16 out. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-10/correios-fecham-41-agencias-partir-de-hoje>. Acesso em: 20 maio 2020.

VIGORITI, Vincenzo. Europa e Mediazione: problemi e soluzioni. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 5, jan./ jun. 2009.

Como citar: GARANI, Joao; DENARDI, Eveline. Mediação em cartórios na Itália e no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 91-108, nov. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n3p92. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2021-09-09

Aprovado em 2021-09-18

**A RESOLUÇÃO DO CONTRATO SOCIAL
POR INADIMPLEMENTO NOS CONTRATOS
COLIGADOS E O AFASTAMENTO DAS REGRAS
DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA NOS
NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS DE LOTEAMENTO**

TERMINATION OF ARTICLES OF ASSOCIATION
FOR BREACH OF RELATED CONTRACTS AND
DEPARTURE FROM THE RULES FOR WINDING UP
LIMITED LIABILITY COMPANIES IN REAL ESTATE
LAND LOT BUSINESS

Cristiano Gomes de Brito*
Mateus Martins Da Silveira**

*Doutor em Direito Empresarial
pela Universidade Federal de
Minas Gerais
Professor adjunto na
Universidade Federal de
Uberlândia-UFU
E-mail: cristianobrito@ufu.br

**Bacharel em Direito pela
Faculdade Pitagoras
E-mail: mateusmartinsadvsea@
gmail.com

Como citar: BRITO, Cristiano Gomes de; SILVEIRA, Mateus Martins da. A resolução do contrato social por inadimplemento nos contratos coligados e o afastamento das regras de dissolução da sociedade limitada nos negócios imobiliários de loteamento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 109-124, nov. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n3p109. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a coligação contratual entre tipos jurídicos contratuais e o contrato social que constitui sociedade limitada, assim como sua resolução pelo inadimplemento em contrato a ele coligado, afastando as regras de dissolução e liquidação de sociedade no negócio imobiliário de loteamento. Propor-se-á a aplicação da resolução da sociedade pelo inadimplemento do sócio em contrato coligado, com o afastamento das regras societárias de dissolução e liquidação, privilegiando as disposições contratuais firmadas entre as partes.

Palavras-chave: Contrato. Sociedade Limitada. Coligação Contratual. Interpretação. Contrato Social. Imobiliário. Dissolução. Loteamento

Abstract: The objective of this paper is to analyze contract relationship between legal contract types and the articles of association that constitute limited liability companies, as well as their termination for breach of a related contract, departing from the rules for liquidation and winding up of a company in real estate land lot business. We will propose the enforcement of company termination for partner breach of related contract, with

departure from the corporate rules for liquidation and winding up, privileging the contractual provisions signed between the parties.

Keywords: Contract. Limited Liability Company. Contract Relationship. Interpretation. Articles of Association. Real Estate. Liquidation. Land Lots.

INTRODUÇÃO

O direito e seus institutos não conseguem acompanhar a vertiginosa modernização das relações humanas. Determinado contrato que antes era suficiente a regulamentar vínculo entre as partes, comumente passa a ser apenas fragmento de um negócio maior e mais complexo.

A evolução do homem e de suas relações dentro da sociedade e do ordenamento jurídico sempre esteve acompanhada da evolução contratual como mecanismo de regulação da economia, comércio e da própria propriedade, de modo que a circulação de riquezas, produtos e serviços, com o respaldo da segurança contratual, tem garantido negócios cada vez mais complexos, reclamando ferramentas jurídicas mais complexas e sofisticadas.

Como uma resposta à necessidade de adaptação dos institutos jurídico-contratuais à realidade dos negócios jurídicos é que surge a teoria da coligação contratual, que passa a tratar da necessidade de compreensão da aplicação e interpretação conjunta de vários tipos contratuais vinculados.

No presente estudo será abordado sua origem na doutrina internacional, bem como sua formação e identificação e os elementos específicos à sua caracterização, acompanhado das hipóteses de coligação. Em um segundo momento, tratar-se-á da interpretação da coligação contratual, bem como as diretrizes e critérios à disposição do intérprete para que possa extrair além do vínculo, o efetivo e correto produto da interpretação dos contratos coligados entre as partes.

Destaca que não serão exauridos todos os temas a respeito da coligação contratual e nem de todos os liames que circundam sua interpretação, mas atentar-se-á à análise da possibilidade de coligação contratual entre o contrato social que constitui sociedade limitada e outros tipos contratuais, bem como a hipótese de extinção do primeiro pelo inadimplemento e rescisão de outro à ele coligado e a afastabilidade das regras societárias que envolvem a dissolução e liquidação da sociedade limitada.

Isto porque, quando determinado contrato não é mais suficiente para regular a relação entre as partes e demanda a adaptação e junção com outro ou outros tipos contratuais, ligados por um nexos com origem no próprio fim negocial objetivado pelas partes, não haverá que se falar em aplicação isolada das regras e disposições previstas apenas para um dos contratos quando da resolução do negócio.

Ressalta que a aplicação da teoria da coligação contratual tem se mostrado cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é fundamental tratar do tema, especialmente envolvido dentro do direito societário, demandando conhecimento de advogados, juízes e juristas em geral.

1 CONTRATOS COLIGADOS

O contrato, como negócio jurídico que cria, modifica e extingue direitos, mediante a

livre manifestação de vontade das partes, é o vetor de desenvolvimento econômico que permite a circulação de riquezas, estabelecendo direitos e deveres, que vem se aprimorando e evoluindo de acordo com as necessidades dos negócios modernos, ao ponto de se tornar, em muitos casos, inviável a celebração de único contrato para abarcar as necessidades dos contratantes, necessitando de outros que lhe deem suporte jurídico a viabilizar sua realização.

Diante dessa necessidade, surgiram as figuras de vinculação de contratos a outros, tornando-os dependente, como nos casos dos contratos coligados, mistos, dentre outros.

Compreende-se que os contratos coligados são aqueles em que mesmo autônomos por essência, apresentam entre si relação de interligação, de modo a produzir algum efeito jurídico aos demais.

Comumente, utiliza-se as expressões “contratos conexos”, “contratos coligados” e “grupos de contratos” sem qualquer distinção. Entretanto, existe certa predominância da expressão “contratos coligados” conforme adotada por Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2009, p. 43) e inspirada na doutrina italiana que, por sua vez, garante críticas às nomenclaturas em paralelo, sem relevância para o presente trabalho.

Neste artigo, adota-se a nomenclatura de “contratos coligados” por delimitar as hipóteses de união juridicamente relevantes do ordenamento, enquanto que as demais (contratos conexos e grupos de contratos) englobariam diversas outras hipóteses de conexão e união entre contratos que não a coligação contratual propriamente dita, como explica Carlos Nelson Konder (2006, p. 189-225).

Para Pontes de Miranda (1962, p. 368) decorre a ligação entre dois ou mais negócios jurídicos concluídos em tempos diferentes – portanto, também em instrumentos diferentes – e que um dependa do outro, ou cada um dependa de qualquer dos outros.¹

Para Rodrigo Xavier Leonardo (2016, p. 459), trata-se da pluralidade contratual acompanhada de relações jurídicas contratuais estruturalmente distintas, mas ligadas e que compõe uma mesma relação econômica, destacando ainda a potencialidade das consequências no plano da validade (influência recíproca de invalidade entre os contratos) e no plano da eficácia.

Laís Bergstein (2017, p. 159-183) prefere definir o termo “coligação”, como sendo a ligação existente entre contratos e relações jurídicas diferentes, mas que juntas cooperam para uma operação econômica unificada.

Diante da ligação entre os contratos, seus vínculos podem decorrer da lei, por ato voluntário das partes ou em decorrência natural dos vários tipos de obrigações decorrentes de um negócio jurídico.

Na *ex lege*, o vínculo contratual decorre da expressa previsão legal, seja pela referência direta à coligação ou por meio da previsão de um de seus efeitos.

Já a coligação natural, deriva dos desdobramentos naturais do negócio jurídico celebrado pelos partes, em que naturalmente se faz necessária a celebração de outros contratos a fim de dar

¹ No Brasil, o tema já foi tratado e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em 1977 (RE/PR 78162). No julgamento do Recurso Extraordinário 78162 – PR, tratou de coligação contratual em contrato de promessa de compra e venda mercantil e comodato firmado entre distribuidoras de combustível. À época entendeu-se que ambos os contratos compunham uma unidade atípica, de modo a afastar a multa contratual de um dos contratos pelo inadimplemento.

efetividade e utilidade ao acordo celebrado pelas partes, isto é, o vínculo de coligação entre os contratos dar-se-á pela própria natureza do negócio e dos tipos contratuais firmados entre as partes.

Por fim, a voluntária se caracteriza quando os contratos celebrados pelas partes forem independentes entre si e o vínculo entre eles decorrer exclusivamente da operação, relação e vontade das partes.

Assim, haverá coligação “voluntária” nas hipóteses em que o nexos dos contratos não deriva da lei e nem da natureza acessória de um dos contratos, mas sim da manifestação das partes em celebrar, em decorrência do acordo de vontade, vários tipos de contrato, que se coligarão.²

Na coligação voluntária, assevera Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2009, p. 106), na doutrina de Giorgianni, que nestes casos, pressupõe a existência de um elemento objetivo e subjetivo. O primeiro seria equivalente ao *nexo econômico e funcional* entre os negócios firmados pelas partes, enquanto o segundo é a *intenção de coordenar os contratos em direção de um escopo comum*.

No presente estudo, haverá coligação voluntária (não necessariamente expressa) nos negócios imobiliários de incorporação imobiliária ou loteamento urbano, em que as partes (proprietário da área a ser loteada e incorporadora, que realiza o desenvolvimento imobiliário) firmam diversos contratos para um único fim econômico e negocial, *in casu* de parceria imobiliária coligado à contrato de constituição de sociedade limitada para a efetiva execução das obras do empreendimento.

Do desdobramento das espécies de coligações, verifica-se a condição para sua caracterização, quais sejam, a pluralidade contratual e nexos causal.

A pluralidade contratual, refere-se a existência de dois ou mais tipos contratuais que unirem-se por meio de determinado nexos.³ Já o nexos pressupõe a existência dos contratos como figuras autônomas estruturalmente, ou seja, onde cada um conserva suas regras e disposições próprias. Do contrário, falar-se-ia em unidade contratual⁴.

Esse nexos decorre de manifestação, expressa ou tácita, das partes ao celebrarem o negócio jurídico, na qual haverá vinculação entre os contratos celebrados, em que a vontade das partes não poderá ser interpretada pela análise de um ou outro contrato celebrado, mas sim, por todos os contratos celebrados pelas partes, privilegiando o fim dado ao negócio, como previsto nos artigos 170 e 883 do CC.

Daí, não necessariamente, o eventual descumprimento de um contrato acarretará tão somente os efeitos jurídicos deste contrato, mas poderá irradiar em outros contratos em que as

² Para fins didáticos, esclarece-se que a coligação voluntária pode ser expressa ou implícita. Por esse motivo é que a diferença da coligação natural, conforme acima explanado, visto que em alguns casos pode haver confusão entre as classificações. Assim, quando a origem do vínculo contratual for a complexidade da operação e do negócio realizado pelas partes, estar-se-á diante da coligação voluntária, e quando o vínculo for decorrente da natureza do contrato (acessório decorre e segue o principal, por exemplo), falar-se-á em coligação natural.

³ A propósito de evitar a confusão entre contratos coligados (pluralidade contratual) e contratos complexos e contratos mistos (unidade contratual). Os contratos complexos são aqueles em que, subjetivo, volitivo ou objetivamente, haverá complexidade quanto aos polos contratuais, manifestação de vontade e/ou pluralidade de prestações.

⁴ Exemplo de conservação da estrutura contratual, ainda que coligado e ligado por um nexos, é a hipótese do contrato de locação coligado com o de fiança como garantia do negócio (não confundir com o caráter de contrato principal e acessório). Em que pese estarem, em regra, num mesmo instrumento contratual, cada um mantém suas características que lhes são próprias e produz os efeitos que deles se esperam.

partes vem cumprindo suas obrigações.

É este fim desejado e projetado pelos contratantes o nexu responsável por (co)ligar os diversos tipos contratuais firmados pelas partes, e ao mesmo tempo em que embasa, também justifica a teoria dos Contratos Coligados, da qual passará a verificar a forma de se interpretar e aplicar.

2 A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS COLIGADOS

O presente trabalho aborda a perspectiva interpretativa da coligação voluntária, a fim de se delimitar ao propósito que se destina, qual seja, verificar a possibilidade de afastamento de norma prevista no Código Civil por meio da aplicação da teoria da coligação contratual, pressupondo a existência de coligação voluntária.

O CC prevê regras interpretativas dos contratos, as quais são plenamente aplicáveis aos contratos coligados, conforme se extrai dos artigos 112 e 113, prevendo que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, e que nos negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Por isso que a própria lei civil prevê a prevalência da vontade das partes em detrimento da literalidade da linguagem, assim como outros critérios interpretativos.

Os dispositivos contratuais não devem ser interpretados de forma restrita, assim como as palavras e orações que os compõem, mas estas devem levar em consideração todo o dispositivo e este, por sua vez, deve ser analisado sob a perspectiva de todo o contrato. Deve-se identificá-los dentro do contexto das demais disposições do contrato analisado, sob pena de interpretar equivocadamente o instrumento contratual.

Na hipótese dos contratos coligados, não é suficiente observar o conjunto das cláusulas dentro do contrato, devendo ser interpretadas de forma sistemática aos demais contratos a ele coligados. Ou seja, expande-se a interpretação sistemática para além da figura individual de determinado contrato, passando a considerar todos os contratos vinculados de alguma forma. Segundo Marino (2009, p. 148) é dever do intérprete, quando identificada a existência de vinculação contratual de alguma forma, interpretar cada um dos contratos, ainda que autônomos entre si, valendo-se do outro como meio de interpretação.

Nesse último, o intérprete deve se aprofundar ainda mais seu conhecimento a respeito do negócio havido entre os contratantes, assim como das circunstâncias e condições que cercaram e justificaram a manifestação de vontade na forma como feito no instrumento contratual. Só assim será capaz de realmente extrair das cláusulas contratuais o âmago da declaração negocial.

Os critérios interpretativos apresentados e considerados pelo atual ordenamento jurídico para os contratos em geral, podem ser aplicados aos contratos coligados, entretanto, alguns se destacam como melhores à elucidação do negócio e eventual lide instaurado entre os contratantes,

como a interpretação sistemática.

Isto porque, quando da coligação contratual, o fim desejado e buscado pelas partes (que também será considerado um dos critérios interpretativos) somente poderá ser alcançado por meio da análise sistemática entre cláusulas e entre contratos. Diversos contratos e dispositivos contribuem e cooperam entre si para o alcance de um determinado objetivo, por isso, a intenção finalística somente será palpável por meio da sistematização do conteúdo jurídico e fático de todo o negócio.

Não somente o fim do negócio, mas por meio da interpretação sistemática é possível observar e identificar eventual vínculo e até mesmo a pluralidade contratual ao caso tratado. Isto porque, o nexó contratual poderá ser reconhecido em elementos fáticos ou jurídicos comuns aos contratos interpretados.

Nesse sentido, explica Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2009, p. 148) que, muito embora cada um deles mantenha a sua individualidade e o próprio conteúdo, muitas cláusulas contratuais somente poderão ser compostas a partir de elementos presentes nos textos de todos os contratos envolvidos. Com efeito, não é raro que cláusulas de um contrato sejam “completadas” por dispositivos contidos em contrato à ele coligado.

Por isso, destaca ainda que, para prevalecer o disposto no art. 112 do Código Civil, qual seja, que a vontade das partes se sobressaia ao sentido literal das cláusulas, é mandamental a realização de interpretação sistemática, visto que a análise de um ou de outro contrato coligado de forma isolada pode deturpar a intenção e a finalidade perseguida pela(s) parte(s) do negócio.⁵

Segundo Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (2014, p. 470), a interpretação sistemática dos contratos sempre foi um dos critérios a serem observados na interpretação subjetiva dos contratos. Entretanto, ali se fala em sistemática dentro de uma mesma unidade contratual, enquanto que nos contratos coligados deve-se observar de forma mais abrangente, a fim de compreender tanto a interpretação sistemática entre as cláusulas do tipo contratual individual, como entre este e seus coligados.

Embora a atividade interpretativa possa ser considerada como um processo único, por questões didáticas a doutrina a subdivide em duas fases, denominadas de interpretação subjetiva e a outra de interpretação objetiva.

Quanto à primeira, prossegue o mencionado Autor, tratando de interpretação contratual de forma geral (contratos não coligados) exemplifica o rol dos critérios a serem observados, quais sejam: (i) observância do sentido literal das palavras; (ii) aferimento da intenção comum das partes; (iii) interpretação sistemática das cláusulas; (iv) exame das expressões gerais usadas no contrato; (v) estudo das indicações exemplificativas.

⁵ Os tribunais superiores acompanham o entendimento doutrinário a respeito da interpretação sistemática dos contratos, considerando a convergência dos interesses dos contratantes a pontos comuns, reforçando a tese apresentada neste trabalho. Vide item 5 da ementa do citado julgado: A interdependência, a conexidade ou a coligação dos contratos firmados pelas partes (cisão de empresa, acordo de acionistas e contrato de locação) resultam claras e evidentes, haja vista a unidade dos interesses representados, principalmente os de natureza econômica, constituindo esse plexo de avenças o que a doutrina denomina de contratos coligados; em caso assim, embora possível visualizar de forma autônoma cada uma das figuras contratuais entabuladas, exsurge cristalina a intervencionalidade dos acordos de vontade assentados, revelando a inviabilidade da revisão estanque e individualizada de apenas um dos pactos, quando unidos todos eles pela mesma função econômica comum (BRASIL, 2012).

Nem todos esses critérios devem ser aplicados às hipóteses de interpretação de contratos coligados. Os principais deles, que seriam a busca pela intenção comum das partes e interpretação sistemática das cláusulas e contratos já foram abordados. Por outro lado, na coligação contratual a interpretação objetiva se mostra muito mais eficiente, justificando assim a abertura de tópico próprio dentro deste trabalho.

O caráter interpretativo do princípio da boa-fé é consagrado expressamente no art. 113 do CC, ao estabelecer que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. O princípio, por sua vez, pode ser dividido em boa-fé subjetiva ou objetiva, entretanto, para o exercício interpretativo, deve-se considerar apenas este último.

3 DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO SOCIAL PELO INADIMPLEMENTO EM CONTRATO VINCULADO E AS REGRAS DE DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE LIMITADA

Pela liberdade que o tipo contratual proporciona, os sócios se valem da prerrogativa para adequar o modelo societário ao negócio ou à atividade pretendida para exercício, lançando mão de um leque de opções, tanto no contrato social como em acordo parassociais, para disciplinar da melhor forma possível a relação entre os sócios e o negócio.

A sociedade limitada é constituída por meio do contrato social, regida pelo CC, em que sua natureza de contrato plurilateral, privilegia a autonomia de vontade das partes para estabelecer as regras de constituição, administração e extinção da sociedade.

Prevê o CC, no art. 1.102, que dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante, procedesse à sua liquidação, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução. Compreende-se desse dispositivo a livre manifestação das partes quanto as regras de dissolução e liquidação da sociedade, privilegiando a autonomia de vontade dos sócios, não sendo matéria de ordem pública a impedir seu regramento pelas partes, com sua coligação ao outro contrato, como de parceria imobiliária.

Na sociedade limitada, por sua natureza de contrato plurilateral, as relações entre os sócios são constituídas por um contrato, um ajuste de suas vontades, sob a regência dos princípios do direito contratual e da autonomia de vontade das partes.

3.1 DA COLIGAÇÃO CONTRATUAL APLICADA AOS CONTRATOS SOCIAIS NO NEGÓCIO IMOBILIÁRIO DE LOTEAMENTO

A coligação contratual não é restrita a nenhum tipo contratual, de modo que para sua existência e aplicação, consideram-se os elementos necessários à sua configuração, conforme já delineado neste trabalho, especialmente quanto à pluralidade contratual e nexos contratuais.

Presente os elementos característicos da coligação contratual, o que somente será verificado e apurado no caso concreto, é plenamente possível a coligação de determinado tipo

contratual com o contrato social que constitui a sociedade limitada. Nesses casos, a sociedade será considerada apenas parte do negócio em si, cercando e vinculando-se a outros contratos, em regra pela vontade das partes (implícita ou explícita).

Nessa hipótese, o contrato social deve ser visto e interpretado, não somente pelas regras do direito societário, mas sim sob a ótica sistemática com os demais contratos que a ele se coligam, valendo-se dos critérios interpretativos como o fim contratual e a boa-fé objetiva.

O presente estudo, então, restringe-se os negócios imobiliários de loteamento urbano, em que a complexidade do empreendimento demanda às partes a celebração de tipos contratuais diversos, mas que juntos, cooperam para um único objetivo.

Isto porque, a realização desses empreendimentos se dá por meio do contrato de parceria imobiliária, seguido da constituição de determinado tipo societário (em alguns casos com propósito específico definido) entre outros tipos contratuais para a concretização do negócio.

Em regra, comumente a sociedade é constituída sob a forma de limitada, em que um dos sócios contribui para o negócio com o imóvel a ser loteado, e o faz integralizando sua quota parte na sociedade com o bem, enquanto o outro, por sua vez, se compromete a realizar as obras de parcelamento do solo e de infraestrutura do loteamento, também como forma de integralizar sua participação na sociedade.

Para tanto, é comum que os contratantes interessados no negócio realizem negociações prévias à constituição da sociedade, a fim de levantar e definir valores de investimento e gastos com o empreendimento, as obrigações de cada parte, participação de cada contratante no produto do loteamento ou da incorporação, forma de comercialização, projeção do preço final do lote ou unidade imobiliária, acordo de não concorrência, entre outros, por meio do contrato de parceria imobiliária.

Após, os contratantes constituem sociedade limitada, para que as obras de construção, infraestrutura do empreendimento e outros contratos sejam realizados e firmados por meio da personalidade jurídica da sociedade limitada.

Analisando sob a perspectiva da coligação contratual, além da pluralidade de contratos – considerando a existência ao menos do contrato de parceria imobiliária e do contrato social responsável pela constituição da sociedade – existe nítido vínculo entre os tipos contratuais.

Isto porque, a intenção fim das partes com o negócio unifica a relação entre os contratos, tornando-os uma estrutura unitária e funcional. Não se pretende a simples constituição de uma sociedade para o exercício de determinada atividade de forma organizada, em verdade, os contratantes buscam fim objetivo e específico, qual seja, a realização do empreendimento imobiliário de loteamento.

Por outro lado, também não se justificaria o simples acordo das partes sobre as despesas e forma jurídica e comercial do empreendimento, como é feito por meio do contrato de parceria imobiliária se dali não resultasse a efetiva realização do negócio, o que acontece por meio da constituição da sociedade.

É evidente que mesmo se tratando, a princípio, de figuras autônomas, existe nex

contratual entre ambos os contratos, visto que, não firmando um, não teriam as partes motivo para firmarem o outro. Em verdade, os tipos contratuais cooperam em conjunto para um único fim projetado pelos contratantes, por isso, aplicar-se-á a teoria da coligação contratual.

Assim, considerando a possibilidade e a hipótese de coligação contratual entre determinado tipo contratual (aqui o contrato de parceria imobiliária) e o contrato social da empresa, nos casos em que os contratantes assumirem determinadas obrigações por meio de outros tipos contratuais, recíprocas ou não, para a realização e conclusão do empreendimento (fim do contrato), o inadimplemento dessas obrigações implicará na possibilidade da parte inocente ter por rescindido todos os demais contratos, inclusive o contrato social.

3.2. DA RESOLUÇÃO DO CONTRATO SOCIAL PELO INADIMPLEMENTO DE CONTRATO COLIGADO

Quando o contrato de constituição da sociedade estiver subordinado ao negócio firmado entre as partes e coligado a outros contratos, o inadimplemento da parte em algum destes poderá ser estendido aos demais.

É questão atinente ao plano da eficácia e de sua repercussão aos contratos coligados a mora e o inadimplemento absoluto de obrigação prevista em qualquer dos contratos. Salvo a hipótese de cláusula de inadimplemento cruzado (*cross-default*), deve ser considerado a importância da prestação inadimplida dentro do fim negocial almejado pelas partes conforme Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2009, p. 198), que ao asseverar que a determinação do alcance do inadimplemento dependerá, então, da avaliação dos seus efeitos em relação a cada um dos contratos e, principalmente, frente à realização do fim concreto e ao equilíbrio entre as prestações dos diversos contratos.⁶

Pondera Rui Rosado de Aguar (2004, p. 90) que, diante de contratos coligados de mesma importância, a resolução de um repercutirá no outro em três casos: quando (i) demonstrar que um não teria sido firmado sem o outro; (ii) quando a impossibilidade de um determina a do outro e (iii) quanto o incumprimento de um afeta o interesse que o credor poderia ter no cumprimento do outro.

No presente estudo, em que o contrato de parceria imobiliária dita as regras e as consequências do negócio firmado entre as partes, e a constituição da sociedade se dá como um meio à realização do fim contratual previamente objetivado, são considerados como contratos recíprocos, no qual, a prestação de uma das partes é o cumprimento da obrigação assumida em outro contrato coligado ao primeiro⁷. A consequência do inadimplemento da prestação assumida em um contrato é de prejudicialidade total do conjunto contratual.

Isto porque, ambos os tipos contratuais são firmados com um único fim e passarão a ser considerados como uma unidade contratual. Assim, não se justifica a manutenção de um na

⁶ Pode acontecer que a prestação onerosa assumida em um contrato seja correspondente à vantagem garantida em outro, de tal sorte que a falta de um poderá abalar o equilíbrio que o conjunto de contratos garantia (AGUIAR JÚNIOR, 2004, p. 90).

⁷ Onde o desenvolvedor imobiliário, quem assume a responsabilidade de realizar as obras de infraestrutura do negócio imobiliário, se compromete na parceria imobiliária, a fazê-las por meio da integralização do capital social da sociedade empresária constituída especificamente para tal fim.

hipótese de rescisão do outro. O descumprimento do contrato de parceria por alguma das partes justifica, de todas as formas, a extensão deste inadimplemento também para o contrato social da sociedade constituída em prol do negócio almejado pelas partes no contrato de parceria imobiliária.

Seja porque um contrato não teria sido firmado sem o outro, visto que não há motivos que justifiquem a associação dos contratantes por meio de constituição de determinada sociedade se não fosse para executar o empreendimento imobiliário contratado por meio do contrato de parceria imobiliária. Por outro lado, pode ser que as partes sequer firmariam a parceria se não acordassem em executá-la por meio da constituição de uma sociedade empresária.

O inadimplemento em qualquer dos contratos implicará na impossibilidade de cumprimento do outro, considerando a interdependência existente entre ambos os tipos contratuais. A parceria imobiliária é o fundamento e justificativa pela qual as partes constituíram sociedade empresária para realizar o negócio imobiliário e o inadimplemento desta, impossibilitará a continuidade da sociedade.

A consequência do descumprimento pelo contratante das obrigações assumidas no contrato de parceria imobiliária, será, além da possibilidade de rescisão da parceria pelo sócio inocente, também a rescisão do contrato social que constitui a sociedade limitada para realização do negócio.

Logo, se não existe mais acordo quanto a forma de realização do empreendimento, quanto às responsabilidades das partes e concorrência para os lucros e perdas (dentre outros), a sociedade criada para aquele único propósito com o fim contratual de realização da incorporação imobiliária ou loteamento, não mais se justifica e nem serve ao objetivo pela qual foi contratada⁸.

Por isso, na hipótese trabalhada, o descumprimento e rescisão do contrato de parceria imobiliária implicará na extensão desse inadimplemento e da própria rescisão ao contrato de constituição da sociedade, contaminando-o pela inviabilidade do fim contratual objetivado pelas partes, uma vez que ambos os contratos cooperavam em conjunto como se uma unidade fossem.

É importante ainda compreender que no caso da coligação contratual, seja ela qual for, não necessariamente será aplicado, quando do inadimplemento ou resolução, todo o regramento de cada um dos tipos contratuais, de modo que, na situação proposta, quando se estendido o inadimplemento da parceria imobiliária ao contrato social. Falar-se-á em derrogação de parte do

⁸ A jurisprudência acompanha o entendimento de que o fim contratual do negócio e dos contratos coligados tem relevância suficiente para que os contratos se afetem reciprocamente, levando em consideração as circunstâncias do negócio e da relação entre as partes. Nesse sentido, o STJ decidiu que “embora mantida a individualidade jurídica de cada um dos contratos, eles são coligados, interdependentes e reciprocamente condicionados na sua existência, representando uma unidade econômica, de tal sorte que a desconstituição de um implica a do outro. Para a Corte, é evidente que a causa da assunção da dívida foi a locação do imóvel que, afinal, acabou rompida, não havendo interesse autônomo na confissão. Por outro lado, a assunção do débito foi condição para a locação, apresentando-se mesmo como parte do preço desta. Confira-se a ementa: EXECUÇÃO FUNDADA EM CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA COLIGADO A CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSTITUIÇÃO DO PRIMEIRO NEGÓCIO QUE IMPLICA A DO SEGUNDO. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. [...] 2. O Tribunal de origem concluiu pela inexigibilidade do título exequendo, porque evidenciado nos autos que o contrato de confissão de dívida, consistente na obrigação de indenização de benfeitorias realizadas pelo antigo locatário, era coligado e subordinado ao contrato de locação do imóvel, de modo que a resolução deste levou à ineficácia do contrato de assunção de dívida. 3. A conclusão do acórdão recorrido foi extraída a partir da análise das cláusulas contratuais e das circunstâncias fáticas do negócio, as quais revelaram que a assunção de dívida era um subcontrato e a locação um contrato-base, com coligação contratual, estando o primeiro subordinado ao segundo. [...] (BRASIL, 2018b).

regime societário.

Isto porque, quando a resolução da sociedade se der em decorrência do descumprimento de contrato coligado, conforme citado, aplicar-se-á de forma global e sistemática as previsões e os dispositivos dos contratos vinculados entre si, o que poderá afastar as regras do direito societário quanto à dissolução e liquidação da sociedade, conforme trabalhado adiante.

Para Arnaldo Rizzardo (2004, p. 32) as partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações da coerência e clarividência dos direitos e deveres.

Explica Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 36), a boa-fé é tanto forma de conduta (subjetiva ou psicológica) como norma de comportamento (objetiva). Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contratante, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio.

Em razão do princípio da boa-fé, surge para as partes deveres anexos aos contratos, como o dever de informar, lealdade, confiança, probidade etc. Por tal razão, quando da celebração do contrato, é essencial que as partes se expressem de forma clara e objetiva seus interesses, bem como suas intenções e condições.⁹

Ademais, é da essência do Código Civil a manutenção da vontade das partes nos contratos, em face do princípio da conservação do negócio, mesmo quando afetado por nulidade

3.3. DO AFASTAMENTO DAS REGRAS DE DIREITO SOCIETÁRIO NA RESOLUÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA

Identificada a existência de coligação contratual entre o contrato social que constitui a sociedade limitada e outros tipos contratuais firmados para a realização de um negócio jurídico com único fim contratual, é importante definir e determinar o regramento aplicável à resolução deste contrato social.

Quanto ao regramento, cumpre destacar que o próprio instituto da coligação contratual pressupõe a existência de mais de um regramento aplicável ao caso, considerando a pluralidade contratual envolvida no negócio e o interesse finalístico entre as partes.

Isso implicará na derrogação de parte ou até da totalidade de determinado regime contratual¹⁰, conforme ensina Francisco Paulo de Crescenzo Marino (2009, p. 182), ao afirmar que a coligação contratual é importante fator de derrogação dos regimes típicos. À exceção dos tipos contratuais acessórios (v.g., contrato de fiança), o tipo normal ou empírico, extraído da própria regulação que lhe corresponde, é o tipo “puro”, desvinculado de outros contratos.

⁹ Na análise do princípio da boa-fé dos contratantes, devem ser examinadas as condições em que o contrato foi firmado, o nível sociocultural dos contratantes, o momento histórico e econômico, porque é ponto de interpretação da vontade contratual.

¹⁰ Merece a observação de que os tipos contratuais acessórios, por si só, já se vinculam ao regime do tipo contratual determinado como principal, de modo que, independentemente da existência de coligação contratual, prevalece o princípio de que “o acessório segue o principal”.

A derrogação de determinado regramento pode ser justificada pela própria autonomia, liberdade contratual e a vontade das partes, ou revelada por meio da interpretação dos contratos coligados, por meio dos critérios interpretativos já delineados neste trabalho.

Na problemática proposta, via de regra, o termo correto para tratar da extinção da sociedade é a sua dissolução total ou parcial, conforme previsão legal¹¹. Entretanto, as partes podem optar em não adotar estas regras, afastando-as do direito societário quando da resolução do contrato social firmado como parte coligada a um fim negocial, como nos negócios imobiliários urbanísticos.

À medida que os contratos se sujeitam uns aos outros, não mais se aplica isoladamente o regime jurídico de um determinado tipo contratual, sob pena de não extrair o que realmente seria o produto do dispositivo contratual, visados pelas partes.

Portanto, o contrato de sociedade, quando coligado com outro, sujeitará sua resolução às regras previstas e extraídas por meio da interpretação sistemática e global do negócio.

Essa influência recíproca repercute na aplicação das regras contratuais firmadas entre as partes em detrimento de outras previstas legalmente para o tipo contratual considerado de forma isolada, em face do elevado grau de coligação entre os contratos.

Pode ser que em determinado negócio afastar-se-á não a totalidade do regime societário para resolução da sociedade, mas apenas uma ou algumas regras, enquanto em outros, o contrato será resolvido por regramento diverso de seu original.

Ao firmar o contrato de parceria imobiliária, prevendo dentro dessas diretrizes a constituição de determinada sociedade, para que as obras, contratações e negócios seguintes sejam realizados diretamente em nome da sociedade empresária, tem-se manifesta coligação contratual dependente entre esses contratos, especialmente do contrato social com a parceria imobiliária.

Isto porque, a constituição da sociedade decorre após as definições das regras e termos do negócio imobiliário. Neste caso, o contrato de parceria imobiliária seria o contrato-base do negócio, enquanto o contrato social a espécie de subcontrato, como consequência do primeiro e para o alcance do fim do negocial, em clara caracterização de coligação contratual (contrato-base ou contrato guarda chuva e subcontratos).

Decorre essa conclusão dos critérios interpretativos acima delineados, especialmente o fim contratual e a boa-fé objetiva, que quando aplicados à hipótese de coligação contratual, impõe propriamente dito a derrogação de determinado regramento em prol de outro, como meio de fazer cumprir o contratado e pretendido originalmente pelas partes, assim como evitar o enriquecimento ilícito e eventual aproveitamento de uma sobre outra, prestigiando o princípio da *pacta sunt servanda*.

Em face do alto grau de dependência do contrato social com a parceria imobiliária, ter-se-á o afastamento das regras de dissolução e liquidação da sociedade empresária, notadamente aqueles referentes a divisão de lucros ou perdas e exercício do poder de voto, devendo o negócio ser resolvido entre as partes com base nos dispositivos legais e contratuais aplicáveis à resolução do contrato-base.

¹¹ Vide artigos 1.033 e 1.044 do Código Civil/02 para os casos de dissolução total da sociedade limitada e arts. 1.028, 1.029, 1.030 e 1.026 do Código Civil/02 para hipóteses de dissolução parcial.

Nesse caso, as deliberações societárias, dissolução ordinária da sociedade ou nas regras de liquidação conforme artigos 1.031 e 1.102 e seguintes do Código Civil, deverão render-se ao que foi estabelecido no contrato principal, privilegiando as disposições contratuais do contrato de parceria imobiliária para os casos de resolução dos contratos coligados.

Comumente, quando da constituição da sociedade, não é objetivo das partes associar-se por meio da constituição de sociedade limitada pelo simples interesse comum em exercer determinada atividade e se valer das prerrogativas empresariais e societárias. Apenas contrataram como forma legal de executar determinado empreendimento imobiliário contratado em parceria imobiliária, de modo que, a pretensão das partes sempre foi pelo sopesamento do pactuado sobre o legal.¹²

Da mesma forma que a declaração da resolução do contrato de parceria imobiliária implicará o retorno das partes ao estado anterior (*status quo ante*), a resolução do contrato social responsável pela constituição da sociedade como consequência da resolução da parceria, será também o retorno das partes a seu estado anterior. Tudo isso sem prejuízo das demais cominações legais e contratuais, como a indenização por perdas e danos por aquele que deu causa à rescisão.¹³

Por óbvio, que esta forma de faz lei entre as partes, razão pela qual não produzirá efeitos a terceiro de boa-fé, incidindo a *res inter alios acta*, aplicando-se estes as regras e efeitos do direito societário.

Dessa forma, tem-se que o inadimplemento de um dos contratantes quanto às obrigações assumidas em contrato de parceria imobiliária coligado ao contrato social de determinada sociedade, implicará na possibilidade de resolução de ambos os tipos contratuais, afastando as regras de direito societário para dissolução e liquidação de sociedade, especialmente quando o contrato social estiver em situação de maior dependência com os demais, como acontece no caso trabalhado.

CONCLUSÃO

¹² Entretanto, não havendo disposições contratuais que regulamentem a dissolução do negócio, aplica-se ao caso as disposições do Código Civil a respeito do inadimplemento contratual de forma geral, vide artigo 475, segundo o qual “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos” (BRASIL, 2002).

¹³ Este é o entendimento do STJ. O Min. Paulo de Tarso Sanseverino asseverou que a coligação contratual implica dependência dos contratos coligados, bem como que o contrato reputado como principal determina as regras a serem seguidas pelos demais a ele coligados, tratando inclusive da possibilidade de extensão de cláusula de um contrato sobre o outro. Confirma-se a ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. CONTRATOS COLIGADOS. CONFLITO DECORRENTE DE CONTRATOS DE “SWAP” COLIGADOS A CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. 1. Controvérsia em torno da (a) extensão da eficácia do compromisso arbitral constante do contrato principal de abertura e crédito aos contratos de swap, em face da coligação negocial, e da (b) validade da formação da corte arbitral. [...]. Nos contratos coligados, as partes celebram uma pluralidade de negócios jurídicos tendo por desiderato um conjunto econômico, criando entre eles efetiva dependência. [...] Reconhecida a coligação contratual, mostra-se possível a extensão da cláusula compromissória prevista no contrato principal os contratos de “swap”, pois integrantes de uma operação econômica única. [...] No sistema de coligação contratual, o contrato reputado como sendo o principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos negociais que a este se ajustam, não sendo razoável que uma cláusula compromissória inserta naquele não tivesse seus efeitos estendidos aos demais (BRASIL, 2018a).

O objetivo científico do trabalho e a ênfase dogmática da tese impõem a indicação das principais conclusões do estudo, que propôs e discutiu a resolução do contrato social por inadimplemento nos contratos coligados e o afastamento das regras de dissolução das sociedades limitadas nos negócios imobiliários de loteamento. Ao longo deste trabalho, demonstrou-se que na coligação contratual entre o contrato de parceria imobiliária e o contrato social de sociedade limitada, o inadimplemento dessas obrigações implicará na possibilidade de rescisão de todos os contratos coligados. Demonstrou-se que o descumprimento e rescisão do contrato de parceria imobiliária implicará na rescisão ao contrato de constituição da sociedade, contaminando-o pela inviabilidade do fim contratual objetivado pelas partes, uma vez que ambos os contratos cooperavam em conjunto como se uma unidade fossem.

Por fim, comprovou-se a possibilidade de resolução de ambos os tipos contratuais, afastando as regras de direito societário para dissolução e liquidação de sociedade, impondo sua derrogação, como meio de fazer cumprir o contratado e pretendido originalmente pelas partes, assim como evitar o enriquecimento ilícito e eventual aproveitamento de uma sobre outra, prestigiando o princípio da *pacta sunt servanda*.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- BERGSTEIN, Laís. Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados. **Revista dos Tribunais Online**: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 109, n. 229, p. 159-183, fev. 2017.
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 0002163-90.2013.8.26.0100 SP 2015/0257748-2**. Direito civil e processual civil. arbitragem. contratos coligados. conflito decorrente de contratos de “swap” coligados a contrato de abertura de crédito com cláusula compromissória. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 18 de Setembro de 2018a.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 0172568-38.2009.8.07.0001 DF 2015/0065353-2**. Execução fundada em contrato de confissão de dívida coligado a contrato de locação de imóvel. desconstituição do primeiro negócio que implica a do segundo. inexigibilidade do título executivo. interpretação de cláusulas contratuais. reexame de fatos e provas. impossibilidade. decisão mantida. recurso desprovido [...]. Relator: Min. Lázaro Guimarães, 17 de maio de 2018b.
- BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (5. Turma). **AgRg no REsp 1206723 / MG**. Agravo regimental em resp. revisional locatícia. prevenção: art. 71, § 3º. do ristj. nulidade relativa

suscitada após o julgamento. recurso fundamentado. prequestionamento implícito. qualificação jurídica de atos/fatos. não incidência das súmulas 5 e 7/STJ. Cisão, acordo de acionistas e locação [...]. Relator: Min. Jorge Mussi, 17 de outubro de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&livre=@cdoc=%271224595%27>. Acesso em: 14 ago. 2019.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados, os contratos conexos e as redes contratuais. *In*: CARVALHOSA, Modesto. **Tratado de direito empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. ini-fin.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos coligados no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 38.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial**: teoria geral do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4.

Como citar: BRITO, Cristiano Gomes de; SILVEIRA, Mateus Martins da. A resolução do contrato social por inadimplemento nos contratos coligados e o afastamento das regras de dissolução da sociedade limitada nos negócios imobiliários de loteamento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 109-124, nov. 2021. DOI 10.5433/21788189.2021v25n3p109. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2020-02-02

Aprovado em 2021-09-22

**A PROTEÇÃO DE DADOS CLÍNICOS DURANTE
A PANDEMIA DA COVID-19: COMENTÁRIOS À
LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DOS
REFERENCIAIS BIOÉTICOS**

THE PROTECTION OF CLINICAL DATA DURING
THE COVID-19 PANDEMIC: COMMENTS IN
THE LIGHT OF PERSONALITY RIGHTS AND
BIOETHICAL REFERENCES

Juliana Carvalho Pavão*
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

*Doutoranda em Direito pela
Universidade Federal do Paraná
E-mail: juliana.pavao@hotmail.
com

**Doutora em Direito pela
Universidade Federal do Paraná
Docente do Programa de Mestrado
e Doutorado em Direito Negocial
e da Graduação da Universidade
Estadual de Londrina
E-mail: rita.tarifa@gmail.com

Como citar: PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A proteção de dados clínicos durante a pandemia da covid-19: comentários à luz dos direitos da personalidade e dos referenciais bioéticos. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 125-140, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p125. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A sociedade durante o ano de 2020 tem sofrido muito com a pandemia de Covid-19, resultando em reflexos em diversas áreas como o campo o jurídico. O presente trabalho tem por objetivo analisar o tratamento de dados clínicos, no contexto brasileiro, durante o período da pandemia de Covid-19. A análise tem como base a teoria geral dos direitos da personalidade e os referenciais bioéticos, com o intuito de demonstrar que tais campos são fundamentais para nortear as escolhas nesse período excepcional que o país enfrenta. Diante disso, a pesquisa utiliza o método dedutivo, realizando um estudo bibliográfico e legislativo. Conclui-se que os direitos a pessoa, principalmente a privacidade, devem ser preservados nesse período, e deve-se utilizar a teoria geral dos direitos da personalidade e os referenciais bioéticos como balizar ponderadoras das questões que surgem envolvendo dados clínicos.

Palavras-chave: Bioética, Covid-19. Dados clínicos. Direitos da Personalidade. Privacidade.

Abstract: Society during the year 2020 has suffered greatly from the Covid-19 pandemic, resulting in reflections in various areas such as the legal field. This paper aims to analyze the treatment of clinical data, in the Brazilian context, during the period of the Covid-19 pandemic. The analysis is based on the general

theory of personality rights and on bioethical references, in order to demonstrate that these fields are fundamental for guiding choices in this exceptional period that the country is facing. Therefore, this research uses the deductive method, conducting a bibliographic and legislative study. It concludes that the rights of the individual, especially privacy, should be preserved in this period, and the general theory of personality rights and bioethical references should be used as a pondering guide for questions that involve clinical data.

Keywords: Bioethics. Covid-19. clinical data. Personality rights. Privacy.

INTRODUÇÃO

A humanidade tem enfrentado uma terrível pandemia, decorrente do novo coronavírus. Devido a situação emergencial declarada por diversos países, algumas medidas tiveram que ser adotadas, muitas afetando diretamente os direitos fundamentais garantidos no texto constitucional.

Nesse aspecto, o presente texto analisa o tratamento sobre os dados pessoais, mais especificamente os dados clínicos, durante este momento. Muitas pessoas estão ingressando nos hospitais, realizando diversos exames, outras estão sendo voluntárias para a realização de testes com o objetivo de encontrar uma cura para a doença. Todavia, nesse cenário, questiona-se: qual a proteção aos dados clínicos? Como tratar dos dados clínicos em uma situação tão excepcional que envolve um nítido conflito entre privacidade e saúde?

O presente trabalho busca analisar o questionamento citado sob os prismas da teoria geral dos direitos da personalidade e dos referenciais bioéticos, tentando solucionar a questão levantada. Além disso, a pesquisa se desenvolve com base no método dedutivo, realizando uma análise bibliográfica e legislativa, com destaque as medidas que foram ou tentar ser implantadas no território nacional afetas aos dados pessoais.

Após essa breve introdução, deve-se iniciar o estudo por meio da contextualização da pandemia de COVID-19 e a compreensão de como a mesma está afetando o tratamento dos dados pessoais.

1 PANDEMIA DE COVID-19 E O TRATAMENTO DE DADOS CLÍNICOS

O ano de 2020 está sendo marcado pela pandemia de COVID-19. Após notificação da China, em 31 de dezembro de 2019, sobre vários casos de pneumonia desconhecida, diversos países começaram, um curto espaço de tempo, notificar casos semelhantes. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020).

A OMS declarou que a doença é causada pelo novo coronavírus denominado de COVID-19. Devido a grande transmissão do vírus e o crescimento de casos confirmados no mundo, a OMS, em 11 de março de 2020, declarou que o mundo estava enfrentando uma pandemia.

O grande problema presente nessa pandemia refere-se a rápida transmissão do vírus. O aumento do número de infectados acabou ocasionado a lotação dos hospitais, e conseqüentemente a falta de profissionais de saúde e equipamentos de proteção (HARVEY, 2020).

Governos começaram a perceber que seus sistemas de saúde eram falhos e não conseguiriam atender a alta demanda que surgia (HARVEY, 2020), isto é resultado de políticas adotadas no passado que não priorizavam o sistema de saúde coletiva¹.

Contudo, para enfrentar a pandemia, faz-se necessária a adoção de medidas rápidas e

¹ A título de exemplo, nos Estados Unidos da América, o governo não estava financiando a saúde pública devido a priorização da política de austeridade destinada a financiar redução de impostos e subsídios as grandes empresas e aos ricos. (HARVEY, 2020).

urgentes. Mas as respostas devem sempre questionar “que tipo de mundo habitaremos quando a tempestade passar” (HARARI, 2020), porque as atitudes adotadas podem ter reflexos estendidos para o futuro, principalmente no campo dos Direitos Fundamentais e da Personalidade.

Uma das medidas adotadas é a vigilância total da população. Um dos países que adota essa medida é a China, vigiando a população por meio dos celulares e de câmeras nas ruas, além disso, o governo obriga os cidadãos a verificar e relatar sua temperatura e condições médicas (HARARI, 2020). Em Israel, o governo autorizou a utilização de tecnologias de vigilância de terroristas para rastrear os pacientes com coronavírus (HARARI, 2020).

Tais medidas mostram que os governos estão priorizando a saúde dos seus cidadãos em detrimento das suas privacidades. Todavia, tal escolha é falsa, porque outros países que não adotam tais medidas, tem conseguido combater o vírus, sem violar a privacidade dos cidadãos (HARARI, 2020).

Ademais, tais medidas ensejam dois problemas principais. O primeiro é que a população não saberá como seus dados, que são dados sensíveis, serão utilizados pelos governos, e segundo, se tais medidas serão realmente temporárias. Na segunda questão o receita reside no fato que alguns países decidirem permanecer com a vigilância, mesmo após o fim da pandemia, sob o argumento que outras doenças podem surgir (HARARI, 2020).

Então, fica evidente o conflito entre os dados sensíveis no campo médico e o direito da privacidade do cidadão durante o enfrentamento da pandemia. Como analisar essa questão em uma situação tão excepcional enfrentada pelo mundo?

Deve-se, primeiro, evidenciar que o direito da privacidade é um Direito Fundamental e Direito Humano garantido em diversos documentos internacionais. Segundo, apesar da atual situação excepcional e urgente, medidas sem reflexão e estudo não podem ser tomadas prejudicando direitos fundamentais, o que é destacado por órgãos internacionais através de recomendações.

Percebe-se que o momento atual não pode ser uma justificativa para políticas autoritárias e violadoras dos Direitos Fundamentais, devendo basear as decisões nos direitos já previstos e até nos referenciais bioéticos, como será demonstrado nos próximos tópicos.

No território nacional, preocupados com os aspectos bioéticos referentes a privacidade dos pacientes, antes da pandemia, um Comitê da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul publicou a “Recomendações para a proteção da privacidade do paciente”. Segundo eles, “A privacidade da informação médica é hoje tão importante que a obtenção de consentimento informado sobre armazenamento de dados clínicos faz parte do processo de praticamente todas as cirurgias e internações clínicas de instituições hospitalares.”(CARVALHAL, 2017).

Tendo em vista essa proteção aos dados pessoais, assunto tratado a seguir, as informações médicas do paciente devem ser preservadas. Para essa preservação, o texto apresenta recomendações, dentre elas: “difundir entre futuros profissionais da área da saúde e da informática conceitos que valorizem a privacidade e a confidencialidade dos dados médicos” e “lembrar que cabe ao paciente decidir quais de seus dados poderão ser disponibilizados, para quem e sob quais circunstâncias”(CARVALHAL, 2017).

Ingressando no campo legislativo brasileiro, existe a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n.13.709/2018 - LGPD), tratando da proteção dos dados antes mesmo da pandemia (BRASIL, 2018). A necessidade de uma lei decorreu do aumento da utilização das tecnológicas e dos dados, característicos de uma sociedade da informação (SARLET; KEINERT, 2015). Resultando na preocupação com a proteção dos dados pessoas, o que é uma questão primordial nas sociedades contemporâneas, porque a informação é muitas vezes utilizada como ferramenta política e/ou econômica (GEDIEL; CORRÊA, 2008).

Reformula-las, assim, a doutrina dos direitos da personalidade, principalmente no tocante a privacidade, possibilitaria ao indivíduo controlar o acesso e uso dos dados referentes a sua identidade. Mas, sem olvidar que a tutela dos dados pessoais sofre pressões. Primeiramente pelo Estado para aumentar a quantidade de informações sobre os cidadãos, e depois, pelo mercado, no tocante aos consumidores (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 145).

Justamente sobre essa primeira pressão e que se nota a divulgação de dados pessoais no atual período de pandemia. Todavia, antes de adentrar nessa questão, deve-se, primeiro, retornar a análise do contexto brasileiro pré-pandemia. No contexto nacional, além da LGPD, houve a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17/2019, incluindo o direito à proteção de dados pessoais na lista das garantias individuais.

A LGPD trata do dado pessoal e do dado pessoal sensível. O primeiro é a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (Art. 5º, I da LGPD), enquanto que o dado pessoal sensível é o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a pessoa natural” (Art. 5º, II, LGPD).

O tratamento de dados pessoais sensíveis apenas poderá ocorrer em situações excepcionais previstas na Lei, quando for consentido pelo titular ou representante para finalidade específica (Art. 11, I, LGPD) ou, sem o consentimento do titular, quando for indispensável (Art. 11, II, LGPD). Dentre as situações indispensáveis, a Lei cita, dentre várias hipóteses, a “realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados sensíveis” (Art. 11, II, c, LGPD) e a “tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridades sanitárias” (Art. 11, II, f, LGPD).

Por meio dessas hipóteses excepcionais, pode-se utilizar dados clínicos para enfrentar a pandemia. Ademais, governos tem utilizados técnicas de rastreamento da população para monitoramento, tentando reduzir a proliferação do vírus.

Observando casos concretos, deve-se citar a Medida Provisória nº 954 em 17 de abril de 2020, que determinava que as prestadoras de serviço de telecomunicações deveriam compartilhar com o Governo Federal suas bases de dados sobre seus usuários. O Governo argumentou que necessitava dos dados para pesquisa do IBGE. Tal medida foi questionada judicial e a ADIN nº 6387/DF, em 9 de abril de 2020, que determinou, de forma liminar, a suspensão dos efeitos da medida provisória (CORRÊA; LUZ, 2020).

Em âmbito estadual, deve-se recordar que no Estado de São Paulo foi criado o programa SIMI (Sistema de Monitoramento Inteligente) em 9 de abril de 2020, com o intuito do governo estadual obter dados para medir o distanciamento social no estado, e enviar alertas para áreas com mais casos de contágio. Para isso ser possível, foi firmada uma parceria do governo com as operadoras de telefonia Vivo, Claro, Oi e TIM para utilização dos seus dados georeferenciais dos seus usuários.

Contudo, tal sistema gerou questionamentos acerca da violação da intimidade e privacidade dos cidadãos. Diante disso, houve a formulação de uma demanda judicial perante o TJ-SP. Em primeiro grau, foi determinada a suspensão do sistema, contudo, em grau de recurso, a decisão foi reformada, pelo entendimento de que não teria havido violação da privacidade. Em outro recurso, naquele momento ao Superior Tribunal de Justiça, a sentença do Tribunal foi mantida, continuando ativo o sistema no Estado.

O tratamento dos dados pessoais tem sido utilizado pelos governos como fundamento para enfrentar a pandemia de COVID-19. Contudo, deve-se recordar da crítica apresentada por Harari, que tal aplicação conduz a uma violação de Direitos Fundamentais e questionar se a situação retornará à normalidade após o término da pandemia. Nesse contexto, Luciana Dadalto (2020) levanta a necessidade de estudar e traçar limites éticos e jurídicos a respeito do tratamento e proteção de dados nesse período de contágio.

Contudo, a questão torna-se mais complexa quando envolve dados clínicos. Segundo a LGPD tais dados são considerados dados sensíveis, mas em determinadas hipóteses podem ser utilizados, como previsto no art. 11 da Lei.

Na atual realidade, existem duas situações distintas relacionadas aos dados clínicos, a primeira é sobre a divulgação de dados clínicos relacionados a exames de COVID-19 e a segunda é sobre pesquisas clínicas para o tratamento da doença.

No primeiro caso, houve um caso judicial muito divulgado no país sobre o pedido para o presidente da República Jair Messias Bolsonaro divulgar seus exames médicos sobre a COVID-19. O presidente da república foi testado duas vezes e informou para a imprensa que não estava contaminado com o novo coronavírus, mas não apresentou seus exames (TAVARES, 2020). Legalmente, o presidente não detém obrigação de mostrar seus exames, porque se tratam de dados pessoais sensíveis protegidos pela LGPD.

Entretanto, o jornal O Estado de S. Paulo ingressou na Justiça Federal em São Paulo requerendo que o presidente entregasse os laudos médicos. A justificativa do pedido se baseava na existência de vários casos confirmados de COVID-19 de membros do governo próximos ao presidente e a conduta desrespeitosa da autoridade com relação aos protocolos de distanciamento social e isolamento (TAVARES, 2020).

Após diversos trâmites legais, no qual a decisão foi deferida, reformada e outros procedimentos, o ministro Ricardo Lewandowski decidiu a favor da entrega dos exames. Então, o governo entregou os dois exames nos quais conta que o presidente não estava infectado com o vírus (TAVARES, 2020).

Apesar da discussão judicial entre o jornal e o presidente não ter se encerrado, pode-se observar pontos importantes. Primeiramente, por decisão judicial, foi ponderado o direito à privacidade em contraponto ao interesse público, prevalecendo o segundo e determinando que dados sensíveis fossem divulgados. Segundo, trata-se de uma situação excepcional no campo da saúde e, especificamente envolvendo uma autoridade política com atitudes capazes gerar riscos a toda a sociedade, se estivesse infectado. Então, a violação da privacidade foi considerada justificada.

Outro caso mais recente sobre divulgação de dados relacionados a COVID-19 ocorreu em Arapongas (PR), com a exposição, de forma ilegal, dos nomes de pacientes com esta doença. Uma lista com nomes, telefones e endereços foi divulgada, violando claramente o direito dos pacientes a privacidade. (JACOMINI, 2020).

Outra situação, refere-se as pesquisas e estudos clínicos sobre o novo vírus. Vários documentos, tanto de órgãos internacionais como de Estados, tem apresentados recomendações de como tratar dessa questão sem violar direitos dos pacientes ou voluntários.

No âmbito da União Europeia, foi emitido o “Guidance on the management of clinical trials during the covid-19 pandemic” que apresenta, entre vários pontos, a exigência do consentimento informado dos participantes de ensaios clínicos (EUROPEAN MEDICINES AGENCY, 2020).

No Estado Italiano, o documento “Answer to the requested urgente opinion on ethical issues regarding to the use of invasive assisted ventilation in patients all age with serious disabilities in raltion to Covid-19 pandemic” elaborado pelo Comitê de Bioética da República de São Marino, (2020, p.1-5), afirma que, mesmo durante a pandemia, a avaliação bioética deve ser realizada, respeitando à dignidade da pessoa e aos direitos humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos por meio da Resolução1/2020 trata, como um dos pontos, da necessidade de proteção dos dados pessoais. A Recomendação n. 12 afirma a necessidade de consentimento prévio e informado das pessoas sob o tratamento da doença e a preservação dos seus dados pessoais (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

A Recomendação n. 35 trata da proteção do direito à privacidade e dos dados pessoais sensíveis. Nesse disposto está expresso, além da proteção ao direito, a necessidade de obtenção do consentimento das pessoas sobre o recolhimento e compartilhamento dos dados sensíveis. Destaca que nesse período de emergência, os dados devem ser recolhido com a finalidade de combater a pandemia, sem permissão de compartilhamento com fim comercial ou de outra natureza (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2020).

Assim, percebe-se a necessidade de maior reflexão sobre a proteção de dados pessoais sensíveis, principalmente no campo médico, durante a pandemia, devendo-se analisar essa questão sob o viés dos direitos da personalidade e dos referenciais bioéticos.

2 OS DADOS CLÍNICOS SOB O VIÉS DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade revelam-se essenciais na atualidade, porquanto trazem uma necessária e esperada proteção no âmbito civil para a essencialidade humana.

Inspirado principalmente na lei civil italiana, o capítulo próprio sobre mencionados direitos, previsto com a edição do Código Civil de 2002, trouxe uma mudança paradigmática na proteção a pessoa humana em sua integralidade, tendo a dignidade como diretriz.

De fato, o fundamento da dignidade da pessoa humana revela-se imprescindível para nortear a proteção aos direitos vinculados a personalidade, consistindo em verdadeira “diretriz”.

Os direitos da personalidade são descritos pela doutrina como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 59-60).

Percebe-se, assim, a imprescindibilidade de concretização do fundamento da dignidade da pessoa humana, em todas as suas dimensões, como forma de viabilizar as específicas tutelas aos mais diversos direitos da personalidade. Conforme bem afirma Alessandra Cristina Furlan *et al* (2007, p. 78):

Como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui uma norma jurídico-positiva dotada de eficácia e apresenta proeminência axiológico-normativa sobre todos os demais princípios e sistema jurídico infraconstitucional. Nada obstante, a mera previsão constitucional não faz com que o princípio seja respeitado e efetivado. Essa efetivação se dá pela concretização das condições que tornem possível a plenitude constitucional consagrada. Por essa razão, a Constituição Federal de 1988 elaborou um amplo, flexível e aberto sistema de direitos e garantias fundamentais que busca concretizar na prática esse princípio. Ainda com relação à elevação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil é possível afirmar: como princípio, confere unidade axiológico-normativa ao sistema constitucional, harmonizando os diversos dispositivos; serve de parâmetro para a aplicação, a interpretação e a integração de todo o ordenamento jurídico; como cláusula aberta respalda o surgimento de novos direitos; consiste em limite para as modificações constitucionais e funciona como parâmetro de controle da legitimidade substancial do poder estatal.

De acordo com Adriano de Cupis, todos os direitos, na medida em que destinados a dar conteúdo a personalidade, poderiam chamar-se “direitos da personalidade”. No entanto, na

linguagem jurídica corrente esta designação e reservada aqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente a personalidade, e especial, constituindo o “minimum” necessário e imprescindível ao seu conteúdo:

Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irreal, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o individuo - o que equivale dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados “direitos essenciais”, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade (DE CUPIS, 1961, p. 17).

Os direitos de personalidade devem ser compreendidos como: a) os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior (a pessoa como ente moral e social, ou seja, em seu relacionamento com a sociedade) (BITTAR, 2000).

A palavra pessoa vem do latim “persona”, de “personare”, que significa ressoar (LIMA, 1984, p. 140). “Persona” constituía-se na máscara utilizada pelos antigos atores romanos e cuja boca, munida de lâminas metálicas, era disposta de modo a aumentar a voz, para que melhor ressoasse nos vastos anfiteatros em que se apresentavam.

Posteriormente, passou-se a utilizar o termo pessoa em seu sentido técnico, ou seja, o homem dotado de capacidade jurídica. Os direitos de personalidade são uma construção teórica recente. Têm como objeto o bem jurídico da personalidade, entendida como a titularidade de direitos e deveres que se consideram ínsitos a toda a pessoa em razão do que estas se tornam sujeitos das relações jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 conferiu à pessoa uma série de direitos relacionados à sua personalidade. A legislação infraconstitucional, por sua vez, passou a acompanhar e conferir maior importância à proteção de mencionados direitos. De fato, os direitos de personalidade não podem ser considerados como *numerus clausus*, o que limitaria sua proteção.

Com efeito, restringir a proteção dos direitos de personalidade a um rol fechado, estanque, seria reduzir as diversas formas protetivas da pessoa. Elimar Szaniawski (1993) compreende não ser adequado essa tipificação, devendo realizar uma análise dos limites dos direitos da personalidade no caso concreto.

Diante disso, enumerar os direitos de personalidade trás nenhuma satisfação aos anseios do homem, uma vez que este deseja a tutela estatal para solucionar eventuais violações à sua dignidade, como um todo.

O Estado precisa assumir a responsabilidade de impedir que, no exercício do controle de suas atividades, ninguém esteja abusando dos direitos inatos à pessoa. Portanto, leis eficazes devem fornecer proteção contra esse mau uso.

Ademais, deve-se destacar que a evolução dos direitos de personalidade repercute em vá-

rios ramos do direito, especialmente no direito civil, uma vez que regulamenta os casos e hipóteses de reparação de danos decorrentes da violação dos mesmos.

O hoje denominado “compartilhamento máximo de dados” parece ser a tônica na contextualização pandêmica, mas precisa ser limitado.

Tal limitação se torna possível por meio da teoria geral dos direitos da personalidade, que deve ser resgatada e implementada celeremente. Isto porque frequentes situações de violação têm sido observadas há tempos, mas especificamente em razão da pandemia da Covid-19 revelaram-se latentes.

Em relação a utilização e exposição de dados clínicos, a contribuição da teoria geral dos direitos da personalidade se dá especificamente no direito a privacidade. Ainda que já previsto constitucionalmente, a lei civil brasileira sedimentou tal proteção, conferindo eficácia e facilitando diversos mecanismos de controle judicial visando a sua tutela.

A Constituição Federal no art. 5.º, inciso X, assegura a tutela da privacidade: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Já o artigo 21 do Código Civil dispõe que “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

O direito a privacidade pode ser entendido como a proteção de toda manifestação de cunho particular. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes acesso a informações sobre a privacidade de cada um e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (BASTOS, 1997).

Deve-se destacar a diferença entre privacidade e intimidade, apesar de ambas serem protegidas. A intimidade corresponde à esfera secreta da vida pessoa, envolvendo a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e o segredo profissional. Enquanto que a privacidade detém um conceito mais amplo, envolvendo todas as manifestações de esfera íntima, privada e da personalidade da pessoa (SILVA, 2009, p. 206).

Não se devem admitir interferências injustificadas nos dados sensíveis, especificamente informações clínicas, por se tratarem de extensão da privacidade da pessoa. Conforme Gilberto Haddad Jabur (2000) afirma:

O direito a privacidade, tão importante e presente em nosso dia a dia, nas mais mezinhas manifestações de existência, deve, desse modo, renovar a preocupação sociojurídica em conter os abusos espalhados contra os bens personalíssimos, dos quais dependem, sem rebocho de dúvida, antes da satisfação, a própria razão de viver. A privacidade e o refúgio impenetrável pela coletividade, devendo, portanto, ser respeitada.[...]

Nem mesmo o manto do sempre invocado interesse público ou social - conceito indeterminado e vago, além de impreciso quanto ao seu alcance - e termômetro idôneo para legitimar a invasão irrestrita da esfera privada de quem quer que seja.

Assim, a teoria geral dos direitos da personalidade, mormente no que se refere a proteção da vida privada, revela-se como diretriz salutar na proteção aos dados clínicos durante a pandemia.

O próximo tópico versará sobre os balizadores bioéticos na proteção a privacidade dos dados clínicos, porquanto se entende que a junção do critério apresentado neste item com a elevação dos referenciais bioéticos como diretrizes interpretativas pode servir sobremaneira a proteção dos dados clínicos no contexto da pandemia.

3 O PAPEL DA BIOÉTICA COMO BALIZADORA DOS CONFLITOS

Para auxiliar na discussão sobre a proteção e limites ao direito à privacidade sobre os dados clínicos sensíveis, deve-se observar os referenciais bioéticos como norteadores da discussão.

Primeiramente deve-se entender o que é Biodireito e quais são os referenciais ou princípios bioéticos. A Bioética é “um estudo interdisciplinar, ligado à ética, que investiga, na área das Ciências da Vida e da Saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular” (SAUWEN; HRYNIEWICZ, 2000, p. 31).

Então, percebe-se que a Bioética tem como intuito apresentar uma reflexão mais filosófica e ética a respeito dos avanços biotecnológicos, discutindo seus limites e sua aplicação sobre o ser humano.

A respeito da atuação da Bioética, Daisy Gogliano (2000, p. 116) pontua:

A Bioética vem florescendo como uma “nova ciência”, ocupando-se de todas as questões que envolvem os atos de disposição do próprio corpo, tais como a experimentação humana para fins científicos e terapêuticos, a doação de órgãos e tecidos humanos, a inseminação in vitro, a biotecnologia aplicada a Medicina, o aborto, a eutanásia, a recusa de tratamento médico por parte do paciente, “o direito de morrer com dignidade”, e todas as demais questões que envolvem conteúdos valorativos e busca de padrões morais tanto individuais como coletivos.

No atual cenário de pandemia, a Bioética adquire um novo destaque como ferramenta capaz de auxiliar na discussão da utilização das tecnologias e no tratamento de dados clínicos para pesquisa e acesso à informação dos cidadãos. Os dados clínicos são essenciais para pesquisa e tratamento da doença, contudo, a esfera íntima deve ser respeitada.

Nesse campo, os princípios ou referenciais bioéticos auxiliam como mecanismos de interpretação da utilização dos dados. A bioética contém quatro princípios: autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Com exceção do princípio da não maleficência², os demais princípios têm sua origem no *Belmont Report* no final da década de 1970 (DINIZ, 2008, p. 38). Deve-se conceituar os quatro princípios bioéticos e compreender como podem auxiliar na proteção dos dados

² O princípio da não maleficência surgiu como um desdobramento do princípio da beneficência.

sensíveis.

Primeiramente, o princípio da autonomia relaciona-se com a capacidade da pessoa decidir sobre a sua saúde e seu corpo. Isso significa que “respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o direito dessa pessoa de ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 142).

No campo da pandemia, principalmente na área de pesquisas clínicas, deve ser sempre preservado o consentimento do paciente/voluntário de forma livre, especialmente a respeito de seus dados. Os dados clínicos correspondem a uma expansão da esfera pessoal do indivíduo, digna de preservação.

O segundo princípio é o da beneficência, entendido como fazer o bem para o paciente, não causando nenhum dano a sua saúde. Assim, tem, como um dos seus resultados o dever de manter o sigilo médico (SANTOS, 1998, p. 43). Como desdobramento desse princípio, há o princípio da não maleficência que prevê que o profissional da saúde não deve gerar dano intencional ao paciente (SANTOS, 1998, p. 43).

No atual cenário mundial da pandemia, os princípios da beneficência e da não maleficência mostram-se ainda mais fundamentais do que nunca. Os tratamentos utilizados, apesar de não existir um tratamento certo, devem sempre ser ponderados no sentido de causar o menor dano possível ao paciente. Ademais, no tocante às informações, não se deve esquecer do direito ao sigilo que as informações médicas detêm. Logo, os dados sensíveis, além de conter previsão legal de proteção, também são resguardados por esse princípio.

Outro princípio é o da justiça que prevê uma “distribuição justa, equitativa e universal dos benefícios dos serviços de saúde” (SANTOS, 1998, p. 43). A distribuição e acesso de tratamento deve ser igualitária (SANTOS, 1998, p. 39).

Sobre a COVID-19 é importante pontuar que com base nesse princípio, havendo uma vacina ou descoberta de um tratamento eficaz, deve ocorrer a sua disponibilização para o mundo, uma vez que a distribuição deve ser “justa, equitativa e universal”.

Percebe-se assim, a imprescindibilidade de se alçar os princípios ou referenciais bioéticos a um patamar adequado a sua efetiva implementação hermenêutica no tratamento de dados sensíveis.

No campo médico brasileiro, o Código de Ética Médica (CEM) (BRASIL, 2018) concretiza diversos ideais dos referenciais bioéticos como a proibição do profissional causar dano ao paciente (cap. III, art. 1º) e a proibição de não observância a autonomia do paciente (Cap. IV, art. 24).

No tocante às informações, o Código de Ética Médica (BRASIL, 2018) veda o profissional de saúde revelar informações confidenciais dos pacientes (art. 76), devendo sempre guardar o sigilo sobre as informações adquiridas por meio de sua atividade (cap. I, XI). Isso se fundamenta em vários referenciais como autonomia do paciente e beneficência.

Nota-se que o CEM busca concretizar os referenciais bioéticos por meio de normativas, contudo, devido a pandemia, não basta apenas a previsão de tais dispositivos, mas sua aplicação de forma efetiva. Os referenciais devem ser utilizados efetivamente nos casos, principalmente nas

situações novas e emergenciais que surgem na atual realidade, a fim de obter respostas adequadas aos parâmetros éticos desejados pela sociedade.

CONCLUSÃO

A pandemia trouxe a tona uma série de desafios jurídicos, que devem ser enfrentados a luz do sistema normativo e ético vigente. Nesse âmbito, torna-se necessário o estabelecimento de balizas norteadoras da tutela do ser humano. A possibilidade de acesso à informações clínicas de pacientes em razão de procedimentos remotos e/ou de controle estatal demanda uma discussão jurídica que envolve a necessidade de criação de diretrizes capazes de um tutela eficaz.

Assim, tendo como ponto de partida a dignidade da pessoa humana, a teoria geral dos direitos da personalidade - especificamente a tutela da privacidade - e apontada como uma das alternativas balizadoras da proteção da pessoa, não se justificando acesso desnecessário, tampouco divulgações daquelas informações, exceto em situações limite.

Os referenciais bioéticos da autonomia, justiça, beneficência e não maleficência são aqui apontados como mais uma alternativa hábil a direcionar a proteção de dados - especificamente clínicos - , objeto do presente estudo, porquanto a Bioética e o Biodireito tem se revelado proficuas áreas nas tratativas dos desafios pandêmicos e pós pandêmicos.

Busca-se enfrentar situação temerária, entendida por alguns como “imprevisível”, com base em normas jurídicas e morais que possam dar conta de manter o Estado Democrático de Direito e o ideal equitativo.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso R. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional: São Paulo, 1997.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípio de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. Imprensa Oficial. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. **Diário da Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 221, p. 179, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso: 13 jul 2020.

CARVALHAL, Gustavo Franco *et al.* Recomendações para a proteção da privacidade do paciente. **Revista Bioética**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 39-43, abr. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422017000100039&lng=pt&nrm=iso. acessos em: 13 jul. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução 1/2020**: Pandemia e direitos humanos nas américas. Adotada pela CICH em 10 de abril de 2020, p. 1-22. Washington: OEA, 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 13 jul 2020.

COMITÊ NACIONAL DE BIOÉTICA DA REPÚBLICA DE SÃO MARINO. **Answer to the requested urgent opinion on the ethical issues regarding to the use of invasive assisted ventilation in patients all age with serious disabilities in relation to covid-19 pandemic**. Republica of San Marino, National Bioethics Committee, approved on march 16, 2020. Tradução Luisa Borgia. p. 1-5.

CORRÊA, Adriana Espíndola; LUZ, Pedro Henrique Machado da. **A exceção na proteção de dados pessoais durante a Covid-19 – parte 1**. Direito Civil Atual. Consultor Jurídico. Publicado em 22 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-22/direito-civil-atual-excecao-protecao-dados-pessoais-durante-covid-19>. Acesso em: 13 jul. 2020.

DADALTO, Luciana. Direito, bioética e pandemia de Covid-19. Coluna Direito e Bioética. **Migalhas**. Publicado em 1 de julho de 2020. Disponível em: https://m.migalhas.com.br/coluna/direito-e-bioetica/328023/direito-bioetica-e-pandemia-da-covid-19?u=cf2543a5_2e2&utm_source=informativo&utm_medium=1083&utm_campaign=1083. Acesso em: 13 jul 2020.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes Editora, 1961.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EUROPEAN MEDICINES AGENCY. **Guidance on the Management of Clinical Trials during the COVI-19 (Coronavirus) pandemic**. Version 2 (27/02/2020). Disponível em: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/eudralex/vol-10/guidanceclinicaltrials_covid19_en.pdf. Acesso em: 1 maio 2020.

FURLAN, Alessandra Cristina, *et al.* Dignidade da pessoa humana. **UNOPAR CIENTÍFICA. Ciências Jurídicas e Empresariais**, Londrina, v. 8, n. 1, p. 73-80, mar. 2007.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 141-153, 2008.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, bioética e direitos da personalidade. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 107-127, nov. 2000.

HARARI, Yuval Noah. The world after coronavírus. **Financial Times**. Publicado em 20 de março de 2020. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedc->

ca75. Acesso em: 27 abr 2020.

HARVEY, David. Política anticapitalista em tempos de COVID-19. *In: Sopa de Wuhan*. Editora ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio). 2020.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito a vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JACOMINI, Grasiani. Lista com nomes de pacientes com Covid-19 vaza no norte do PR. **CBN Curitiba**. Disponível em: <https://cbncuritiba.com/lista-com-nomes-pacientes-covid-19-vaza-norte-pr/>. Acesso em: 14 jul 2020.

LIMA, João Franzen. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Cronologia do vírus na OMS**. Disponível em: <https://www.who.int/es/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline---covid-19>. Acesso em: 13 jul 2020.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; KEINERT, Tania Margarete Mezzomo. O direito fundamental à privacidade e as informações em saúde: alguns desafios. *In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo et al (org.)*. **Proteção à privacidade e acesso às informações em saúde: tecnologias, direitos e ética**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2015, p. 113-146.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “in vitro”- da bioética ao biodireito: temas polêmicos, legislação atualizada, projetos de lei**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TAVARES, Bruno. Jornal pede à Justiça de SP que hospital e laboratório comprovem que exames de Covid-19 eram de Bolsonaro. **G1**: São Paulo, 19 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/19/jornal-pede-a-justica-em-sp-que-hospital-e-laboratorio-comprovem-que-exames-de-covid-19-eram-de-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 13 jul 2020.

Como citar: PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. A proteção de dados clínicos durante a pandemia da covid-19: comentários à luz dos direitos da personalidade e dos referenciais bioéticos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 125-140, nov. 2021. DOI:

10.5433/21788189.2021v25n3p125. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2021-02-27

Aprovado em 2021-10-25

ASPECTOS JURÍDICOS RELACIONADOS À REDE SOCIAL *ONLYFANS*: UMA ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

LEGAL ASPECTS RELATED TO THE ONLYFANS SOCIAL MEDIA: AN APPROACH FROM THE PERSPECTIVE OF CONSUMER RELATIONS

Jonathan Barros Vita*
Bruno Bastos de Oliveira**
Ana Carolina Pazin Costa***

*Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília
E-mail: jbvita@gmail.com

**Doutor em Direito e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba
Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília
E-mail: bbastos.adv@gmail.com

***Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília
E-mail: anacpcadv@gmail.com

Como citar: VITA, Jonathan Barros; DE OLIVEIRA, Bruno Bastos; COSTA, Ana Carolina Pazin. Aspectos jurídicos relacionados à rede social onlyfans: uma abordagem na perspectiva das relações de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 141-158, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p141. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo tem como objetivo principal analisar, sob um prisma jurídico, a rede social *OnlyFans*, em especial na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, inicialmente, trata a *OnlyFans* no âmbito da legislação de proteção do consumidor, definindo os elementos da relação de consumo, como o consumidor, o fornecedor e o serviço, bem como pontuando outros aspectos como a intervenção do Estado no mercado de consumo. Analisa ainda as cláusulas contratuais abusivas e os possíveis reflexos jurídicos dos termos de uso da rede social à luz do Código de Defesa do Consumidor. Utilizando-se do método dedutivo, mediante a pesquisa, leitura e análise documental e bibliográfica, conclui-se pela incidência da relação consumerista na perspectiva da rede social em destaque, observando-se a necessidade de adequação das cláusulas contratuais abusivas da plataforma frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: OnlyFans. Rede social. Direito do consumidor. Cláusulas abusivas.

Abstract: This paper analyzes, under a legal perspective, the social network OnlyFans, especially from the perspective of the Consumer Protection Code. To this end, it initially deals with OnlyFans within the scope of consumer protection legislation, defining the elements of the consumer relationship, such as the

consumer, the supplier and the service, as well as pointing out other aspects such as state intervention in the consumer market. It also analyzes the unfair contractual terms and the possible legal consequences of the terms of use of the social network considering the Brazilian Consumer Protection Code. Using the deductive method, with research, reading and analysis of documents and related literature, this study concludes that the consumer relationship from the perspective of the social network in question should observe to Brazilian legal norms in face of the Brazilian legal system.

Keywords: OnlyFans. Social media. Consumer law. Abusive clauses.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa teve como objeto a análise jurídica da rede social *OnlyFans* na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), especialmente diante das constantes repercussões jurídicas geradas na era do consumidor digital. O Código de Defesa do Consumidor conceitua os tipos de consumidor, de fornecedor e de serviço abrangidos pela relação de consumo. Por sua vez, a rede social *OnlyFans* estabelece que a plataforma fornecedora de serviços é composta por Usuário Criador e Usuário Fã.

Os objetivos do presente artigo se restringiram a abordar a rede social no que tange às cláusulas contratuais abusivas e os reflexos jurídicos no Direito do Consumidor. Assim, com a intenção de atingir objetivos gerais e específicos, o presente artigo foi dividido em duas seções.

Na primeira seção analisa-se a rede social *OnlyFans* no âmbito da legislação de proteção ao consumidor, especificando os elementos da relação de consumo, além de aludir, brevemente, a outras particularidades como a intervenção do Estado no mercado de consumo.

Na segunda e última seção, onde reside o problema central da presente pesquisa, são examinados as cláusulas contratuais abusivas e os possíveis reflexos jurídicos da rede social à luz do Código de Defesa do Consumidor, citando, até mesmo, o caso da atriz da *Disney Channel*, a Bella Thorne.

Pretendeu-se, assim, transmitir para o artigo significativas considerações jurídicas sobre a *OnlyFans* no que corresponde à relação de consumo para, com isso, fomentar reflexões jurídicas quanto à rede social, as cláusulas contratuais abusivas e as possíveis consequências jurídicas dos termos de uso à luz do Código do Consumidor, estimando um melhor funcionamento da plataforma no ordenamento jurídico brasileiro, além de oferecer maior informação ao consumidor de serviço de conteúdo virtual *OnlyFans*.

1 A REDE SOCIAL *ONLYFANS* NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A Lei nº 8.078/1990 possui a incumbência de reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, minimizar a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas de mercado (SILVESTRINI; GERAIGE NETO; VILELA, 2019). Por isso, faz-se oportuno analisar a rede social *OnlyFans* no âmbito da legislação de proteção ao consumidor, especificando os elementos da relação consumerista como o consumidor, o fornecedor e o serviço, além de elucidar outros aspectos.

No que diz respeito aos elementos da relação de consumo, dividem-se em elementos subjetivos e objetivos. Os primeiros são o consumidor e o fornecedor, já os objetivos são o produto e o serviço. *In casu*, busca-se detalhar apenas os elementos aplicados na plataforma *OnlyFans*.

1.1 A IDENTIFICAÇÃO DO CONSUMIDOR DENTRO DA PLATAFORMA *ONLYFANS*

Inicialmente, entende-se consumidor como elemento subjetivo da relação de consumo. A Lei nº 8.078/1990 apresenta quatro sentidos de consumidor, sendo o primeiro o consumidor *stricto sensu* ou *standard* e os outros três consumidores equiparados, respectivamente, a saber:

Consumidor *stricto sensu* ou *standard* é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, consoante o artigo 2º¹ da Lei. Atentando-se ao enquadramento inicial, o consumidor pode ser, pelo texto expresso, uma pessoa natural ou jurídica, sem qualquer distinção (TARTUCE; NEVES, 2020).

Por sua vez, equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, conforme o parágrafo único² do citado artigo. Trata-se, no caso, de consumidor em sentido coletivo. No que se refere à responsabilidade pelo fato do serviço, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento, sendo denominado de consumidor *bystander*, segundo o artigo 17³ da Lei.

Bem assim, quanto às práticas comerciais e à proteção contratual, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas, fulcro no artigo 29⁴ da Lei. É o chamado consumidor potencial ou virtual.

Posto isto, percebe-se que o consumidor *stricto sensu* ou *standard* refere-se tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Neste artigo interpreta-se destinatário final em harmonia com a Teoria Finalista (Subjetiva) e, também, de forma relativizada, em atenção à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendendo-se como Teoria Finalista Aprofundada ou Mitigada. Isso porque, se, de um lado, o Superior Tribunal de Justiça empregou o conceito finalista de consumidor, de outro, tem assegurado a necessidade de relativizá-lo para acolher, excepcionalmente, como consumidor, a pessoa física ou jurídica profissional, que adquire produto ou serviço para incrementá-lo em sua atividade, desde que demonstrada, *in concreto*, sua vulnerabilidade técnica⁵, jurídica ou econômica (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018).

A partir disso, o destinatário final pode ser fático e econômico. O primeiro compreende o consumidor como o último elemento da cadeia de consumo, ou seja, depois dele não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço, já o segundo refere-se ao consumidor que não utiliza o produto ou o serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa (TARTUCE; NEVES, 2020).

1 Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (BRASIL, 1990).

2 Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (BRASIL, 1990).

3 Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

4 Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. (BRASIL, 1990).

5 Vulnerabilidade técnica: resultado do fato de o consumidor não ter conhecimento acerca do produto/serviço que está em circulação no mercado, estando, assim, subordinado aos ditames da política do mercado. Esse tipo de vulnerabilidade relaciona-se à falta ou inexatidão de informações prestadas ao consumidor. O fornecedor monopoliza o conhecimento e o controle dos mecanismos da cadeia produtiva, por isso, o consumidor não tem como avaliar o que está comprando ou o serviço que está contratando. (ANDRADE, 2020, p. 65).

Assim, o mero Usuário da rede social *OnlyFans*, aquele que só usufrui do conteúdo gerado pelo Usuário Criador, através de mensalidade, deve ser visto como consumidor *stricto sensu* ou *standard*, pois concerne à pessoa física que adquire ou utiliza o serviço de fotos, vídeos e/ou áudios da plataforma para fim pessoal, sem inseri-lo na atividade profissional com finalidade lucrativa, sendo ele destinatário fático e econômico, de acordo com a Teoria Finalista, portanto. Tal como o denominado Fã.

Em contrapartida, o Usuário Criador, aquele que cria e/ou gera conteúdo (fotos, vídeos e áudios) à rede social para que outros usuários vejam suas publicações, também pode ser analisado como consumidor *stricto sensu*, quando está na posição de consumidor de conteúdo de outros Usuários Criadores, porém, este consumidor deve demonstrar sua vulnerabilidade no caso concreto, já que, apesar de se reportar à pessoa física que utiliza o serviço de conteúdo digital, tem viés para a atividade profissional, uma vez que o Criador, além de ser um mero usuário de conteúdo de terceiros, pode auferir lucro com o conteúdo criado para os seus Fãs. Logo, ajusta-se, em tese, à Teoria Finalista Mitigada.

Ressalta-se aqui que, de acordo com os Termo de Uso⁶ da plataforma, só pode ser consumidor-usuário da rede social, seja na qualidade de Fã ou de Criador, aquele que possuir 18 (dezoito) anos ou mais.

Na perspectiva do consumidor equiparado, o Usuário da mídia social *OnlyFans*, seja Fã ou Criador, pode ser enquadrado como vítima do acidente de consumo (*bystander*), porque basta a plataforma apresentar um serviço defeituoso para o Usuário (consumidor) acionar as normas protetivas que regulam a responsabilidade civil consumerista.

Quanto ao consumidor em sentido coletivo, prescinde de ato de consumo para veicular a relação entre consumidor e fornecedor, uma vez que basta integrar a coletividade de pessoas, determináveis ou não, para sofrer os efeitos colaterais danosos derivados do serviço de conteúdo. Melhor dizendo, todas as pessoas, ainda que indetermináveis, que não usuárias (aderentes) da plataforma, podem ser expostas à conduta da empresa fornecedora de serviço de conteúdo digital. Assim sabendo, consagra-se o Estado interventivo para uma espécie de tutela coletiva preventiva para proteger os interesses dos consumidores (usuários ou não).

Em relação, por último, ao consumidor virtual ou potencial, é suficiente que o consumidor esteja exposto às práticas contratuais ou comerciais abusivas, ou seja, desnecessário identificar quais as pessoas estão de fato expostas. Neste caso, a tendência da normatização, isto é, intervenção do Estado na relação de consumo, é viabilizar um controle preventivo e abstrato das práticas abusivas, protegendo o consumidor vulnerável seja ou não usuário da rede social, inibindo as ofertas ou práticas abusivas que desequilibrem a relação consumerista (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018).

No que está relacionado ao Estado interventivo, a regulação do mercado, enquanto interesse da atividade do Estado, surge como um conjunto de medidas, pelas quais o Estado intervém nas liberdades privadas de modo a controlar e influenciar o comportamento dos agentes econômicos,

⁶ Disponível em: <https://onlyfans.com/terms>. ONLYFANS (2020a).

com o intuito de evitar danos (falhas) no desenvolvimento econômico-social, conduzindo, assim, a atividade privada a buscar o bem-estar social. Tal regulação tende a proporcionar o equilíbrio do mercado consumerista (ROSSIGNOLI; ALMEIDA, 2018).

De mais a mais, é sabido que a era digital veio alterar por completo o comportamento dos consumidores tradicionais, a maneira como estes se relacionam com as empresas fornecedoras de serviço, como se comportam *online* e a forma como adquirem produtos ou serviços (LAHER, 2019). Nesse raciocínio:

Consumo é ao mesmo tempo um processo social que diz respeito a múltiplas formas de provisão de bens e serviços e a diferentes formas de acesso a esses mesmos bens e serviços; um mecanismo social percebido pelas ciências sociais como produtor de sentido e de identidades, independentemente da aquisição de um bem; uma estratégia utilizada no cotidiano pelos mais diferentes grupos sociais para definir diversas situações em termos de direitos, estilo de vida e identidades; e uma categoria central na definição de sociedade contemporânea. (MONTARDO; ARAÚJO, 2013, p. 477).

Outrossim, há de se considerar os fatores sociais, culturais, pessoais e psicológicos que influenciam o consumidor contemporâneo a consumir determinados serviços virtuais, inclusive de natureza erótica.

Na trilha da teoria da sociedade de consumo, por fim, já se disse, por exemplo, que o mercado representa uma falência do viés regulamentador estatal e encontra terreno propício ao seu desenvolvimento, justamente pelos elementos nesse universo de consumidores, como seres desejantes sempre em busca do novo. Aliás, como tudo é interpretado como mercadoria ou produto, Bauman resgata a noção de que o mercado revivesceu a lenda do Rei Midas: o que ele toca, não importa o que seja, resulta em mercadoria de consumo, inclusive as coisas que tentam escapar a esse controle e até os meios e formas utilizados em suas tentativas de escape (BALDUÍNO JÚNIOR; SANTIAGO, 2021). **À vista disso**, o usuário da *OnlyFans* pode ser classificado como consumidor em sentido estrito ou equiparado, a depender da situação analisada no caso concreto.

1.2 A FIGURA DO FORNECEDOR NA PLATAFORMA *ONLYFANS*

Igualmente ao consumidor, o fornecedor também integra a relação de consumo como elemento subjetivo. O vocábulo “fornecedor” alberga tanto o fornecedor de produtos em sentido estrito como o prestador de serviços, sendo tratado em sentido amplo no artigo 3^o do Código de Defesa do Consumidor. Nesse aspecto, a doutrina ensina que:

Os fornecedores ou prestadores podem ser pessoas jurídicas de Direito Público ou

7 Art. 3^o Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990).

de Direito Privado. [...] Entre as últimas, os grandes fornecedores e prestadores são empresas privadas, inclusive com atuação em vários países (empresas multi ou transnacionais). Nesse contexto, a dicção legal estabelece que o fornecedor pode ser uma pessoa nacional ou estrangeira, sendo irrelevante qualquer tipo de limitação. (TARTUCE; NEVES, 2020, p. 64).

Além disso, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves pontuam que, segundo Antônio Junqueira de Azevedo, o que interessa mesmo na caracterização do fornecedor ou prestador é o fato de ele desenvolver uma atividade que vem a ser a soma de atos coordenados para uma finalidade específica, bem como o fato de a atividade possuir habitualidade, à luz dos ensinamentos de José Fernando Simão.

Extraí-se disso que o Código Consumerista elencou um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de atividades que podem ser desenvolvidas pelo fornecedor e/ou prestador de serviços, todavia, tal atividade deve ser profissional, com o objetivo de auferir lucro direto ou vantagens indiretas (TARTUCE; NEVES, 2020). Salienta-se, ainda, que apesar de a atividade profissional se caracterizar pela reiteração de condutas (habitualidade) conjugada a especialidade, com a finalidade de obter vantagem econômica, há que se ponderar que tal atividade independe de finalidade lucrativa, isto é, suficiente que o fornecedor anseie por vantagem econômica, seja através de contraprestação pecuniária, remuneração ou outra espécie (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018).

Assim sendo, identifica-se a empresa da rede social *OnlyFans* como fornecedora de serviços - diga-se: conteúdo virtual de fotos, **vídeos** e/ou áudios, inclusive com mensagens/textos - com a finalidade de obter vantagem econômica mediante pagamento mensal para acesso ao conteúdo publicado, porém tal plataforma utiliza-se de um intermediário na relação, qual seja, o Usuário Criador, fazendo com que este crie conteúdo para os Usuários Fãs e, conseqüentemente, também obtenha lucro com a transferência de conteúdo, mas, por usar determinado intermediador, paga-se, além de a remuneração mensal, um percentual no que toca à vantagem econômica obtida com a “doação” dos Fãs. Em outras palavras, a empresa *Fenix International Limited- FIL*⁸ é fornecedora de serviço, uma vez que fornece aos usuários aderentes da rede social conteúdo de fotos, **vídeos** e/ou áudios, mediante contraprestação pecuniária mensal. Não obstante, pondera-se que o Usuário Criador⁹ pode ser analisado como fornecedor de conteúdo quando utiliza a plataforma para divulgar o seu serviço de conteúdo, auferindo lucro com o pagamento mensal de **fãs, gorjetas e até comissão**.

Por conseguinte, em tese, a responsabilidade pelo fornecimento de conteúdo com vício do serviço poderia recair tanto em face da *OnlyFans* quanto do Usuário Criador, a depender do exame do caso concreto, conforme será explicado mais adiante.

Por fim, verifica-se que a plataforma *OnlyFans* traduz-se em fornecedora de serviço de conteúdo (virtual) em conformidade com o preceituado no Código de Defesa do Consumidor.

8 OnlyFans is operated by Fenix International Limited. ONLYFANS (2020a).

9 No México, um grupo de detentos criou um perfil na plataforma digital *OnlyFans* e começaram a vender conteúdo erótico mediante assinatura, tudo feito diretamente de dentro do presídio em que se encontram reclusos. (GANEM, 2021).

1.3 SERVIÇO NA PERSPECTIVA DA PLATAFORMA *ONLYFANS*

O serviço concerne ao elemento objetivo da relação de consumo assim como o produto. Por seu turno, serviço traduz-se em qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração (em sentido amplo). A definição jurídica seja de produto seja de serviço encontra-se no Código de Defesa do Consumidor, nos parágrafos 1^o¹⁰ e 2^o¹¹ do artigo 3^o. Salienta-se que a relação contida no parágrafo 2^o é meramente exemplificativa, quer dizer, além das atividades elencadas, é possível outra atividade mesmo que não prevista no diploma legal, respeitada a exceção.

No que se refere ao serviço, ainda, a atividade oferecida no mercado de consumo pode estar ligada à remuneração direta ou indireta. Na primeira o pagamento é efetuado pelo consumidor ao fornecedor diretamente, já na segunda a remuneração é embutida e outros custos, diferente do produto que prescinde de remuneração como pressuposto à atividade (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018).

No caso da *OnlyFans*, portanto, tem-se que a empresa oferece no mercado de consumo serviço de conteúdo digital de fotos, vídeos e/ou áudios com ou sem mensagens ou textos, inclusive de natureza erótica, onde recebe remuneração mensal direta e indiretamente, uma vez que o usuário paga um valor mensal para usufruir do conteúdo exclusivo da rede social, mas, ao mesmo tempo, paga para aderir ao conteúdo do Usuário Criador como Fã, podendo oferecer gorjeta ao criador, quando entender necessário.

2 AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS E OS REFLEXOS JURÍDICOS DA REDE SOCIAL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A defesa do consumidor se consolida a partir da proteção da dignidade humana que se encontra em situação de particular vulnerabilidade, visando concretizar a obediência aos seus valores existenciais, isso porque uma das circunstâncias que acarreta essa vulnerabilidade dos consumidores é a chamada de assimetria informacional (espécie do gênero falhas de mercado) que é um desequilíbrio entre as partes seja quanto ao teor ou quanto à quantidade de informações nas relações econômicas (CZELUSNIAK, 2018), tal como ocorre nos contratos de adesão no mercado de consumo virtual. Em razão disso, o Estado intervém na relação de consumo, através da Lei nº 8.078/1990, para relativizar as falhas de mercado - os danos derivados das informações assimétricas -, criando, por exemplo, limites às práticas ou cláusulas contratuais abusivas.

A propósito, são as falhas de mercado, tal como as assimetrias informacionais, que conectam o Estado da economia, buscando formas alternativas de reparar defeitos comportamentais

10 § 1^o Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. (BRASIL, 1990).

11 § 2^o Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

que afastam os mercados de um funcionamento ótimo e socialmente almejado, com grande tendência auto predatória, particularmente no que tange à relação jurídica determinada pela vulnerabilidade de uma das partes (consumidor, no caso) e forte índice de desequilíbrio econômico (NASCIMENTO, 2015).

Assim, é **válido mencionar, nesta seção**, algumas cláusulas contratuais abusivas previstas nos Termos de Uso/Serviço¹² da plataforma em questão, bem como os respectivos reflexos jurídicos à luz do Código de Defesa do Consumidor. Por certo, sem a intenção de esgotar as espécies de cláusulas abusivas previstas no Código do Consumidor, é importante abordar as cláusulas mais relevantes diante dos Termos de Serviço da *OnlyFans*.

Antes de outras ponderações, sugere-se ao leitor, com a finalidade de suplementar o conhecimento sobre a temática, o artigo “*OnlyFans: Considerações sobre a rede social e a Análise Econômica do Direito em relação ao Código de Defesa do Consumidor*”, de elaboração dos mesmos autores do presente artigo, que versa sobre os termos de serviço da plataforma, tratando a *Economic Analysis of Law* à luz do Direito do Consumidor.

No que corresponde às cláusulas abusivas, o artigo 6º, inciso IV¹³, da Lei nº 8.078/1990 dispõe que entre os direitos básicos do consumidor está a proteção contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de serviços. Ademais, a Lei enuncia um rol exemplificativo (*numerus apertus*) de cláusulas contratuais abusivas no artigo 51¹⁴. Assim, infere-se do inciso I¹⁵ que é nula de pleno direito a cláusula de não indenizar, isto é, que exonera ou atenua o fornecedor de qualquer responsabilidade por vício e/ou fato do serviço, assim como a de renúncia ou disposição de direitos.

Entretanto, ao analisar os Termos de Serviço¹⁶ da rede social *OnlyFans* nota-se que a empresa britânica mantém cláusulas de isenção e limitação de responsabilidade. Em síntese, há cláusulas nos seguintes sentidos: (I) que a FIL não é responsável perante terceiros pelo conteúdo ou precisão de conteúdo postado por qualquer usuário da rede social (11.5¹⁷); (II) que o usuário da rede social reconhece e concorda (16.1¹⁸): que todos os serviços e recursos da plataforma são fornecidos sem garantias de qualquer espécie, expressas ou implícitas; que a FIL se isenta de todas e quaisquer garantias com relação a *OnlyFans* e todos os serviços e recursos, bem como não garante a precisão, utilidade, integridade ou confiabilidade da *OnlyFans* e se isenta de qualquer responsabilidade decorrente de qualquer confiança depositada no conteúdo por qualquer usuário da plataforma; mais, que a FIL não garante que a *OnlyFans* e todos os seus serviços e funcionalidades

12 ONLYFANS (2020a).

13 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços. (BRASIL, 1990).

14 Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] (BRASIL, 1990).

15 I - impossibilitem, exonarem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser imitada, em situações justificáveis.

16 ONLYFANS (2020b).

17 11.5 *FIL is not responsible or liable to any third party for the content or accuracy of any User Content posted by you or any other user of the Website. Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>*

18 16.1 *By using OnlyFans, you acknowledge and agree as follows:[...] Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.*

estarão disponíveis em qualquer momento ou que todos os seus serviços e funcionalidades serão seguros, ininterruptos e livres de erros; que a FIL não será responsável por qualquer perda ou dano causado por um ataque de vírus ou outro material tecnologicamente prejudicial que possa infectar programas de computador, dados ou outro devido ao uso do site ou serviços obtidos por meio deste para o *download* de conteúdo postado nele ou vinculado (16.1.1¹⁹); que em nenhum caso a responsabilidade da FIL é total para com o usuário (ou outros) decorrente do uso ou qualquer dos serviços da *OnlyFans* ou excederá 100 (cem) libras esterlinas (16.1.4²⁰); e (III) que por algumas jurisdições não permitirem a exclusão da responsabilidade por danos - em sentido amplo - a responsabilidade será limitada ao máximo permitido por lei ou, se não houver valor, a 100 (cem) libras esterlinas (16.2²¹).

Em que pese a previsão de tais cláusulas nos Termos de Uso, à luz do ordenamento jurídico brasileiro são nulas de pleno direito as cláusulas que exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor, pois este é responsável pelo serviço fornecido no mercado de consumo, conforme os artigos 14²² e 20²³ do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, em casos excepcionais é possível limitar a responsabilidade do fornecedor frente ao consumidor, desde que a situação seja justificável no caso concreto diante de uma análise judicial.

Aliás, a responsabilidade civil do fornecedor de serviço é, em regra, objetiva, ou seja, independe de culpa, estando fundamentada no risco da atividade. No mais, a responsabilidade pelo fato do serviço deriva dos danos causados aos consumidores, ora Usuários, por defeitos relativos

19 16.1.1 *OnlyFans and all of its services and features are provided without warranties of any kind, express or implied. To the fullest extent permitted by law, FIL disclaim any and all warranties, express or implied, with respect to OnlyFans and all of its services and features, including, and without limitation, implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose. FIL does not warrant or guarantee the accuracy, usefulness, completeness or reliability of OnlyFans, or the results of your use of OnlyFans. FIL disclaim all liability and responsibility arising from any reliance placed on such materials by you or any other visitor to the Website, or by anyone who may be informed of any of its contents. FIL also do not warrant or guarantee that OnlyFans and all of its services and features will be available at any particular time or location; that OnlyFans and all of its services and features will be secure, uninterrupted, and error-free; that any defect or error will be corrected; or that OnlyFans and all of its services and features will be free of viruses and other harmful components. You are responsible for implementing sufficient procedures and checkpoints to satisfy your particular requirements for antivirus protection and accuracy of data input and output, and for maintaining a means external to the Website for any reconstruction of any lost data. To the fullest extent provided by law, FIL will not be liable for any loss or damage caused by a distributed denial-of-service attack, viruses, or other technologically harmful material that may infect your computer equipment, computer programs, data, or other proprietary material due to your use of the Website or any services or items obtained through the Website or to your downloading of any material posted on it, or on any website linked to it. Your use of OnlyFans and its services and features will be solely and entirely at your own risk. The foregoing does not affect any warranties that cannot be excluded or limited under applicable law.* Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.

20 16.1.4 *in no event shall FIL total and aggregate liability to you and/or others for any and all claims arising out of or related to your use of (or your inability to use) OnlyFans or any of its services or features, exceed one hundred pounds sterling (£100.00). This does not affect any liability that cannot be excluded or limited under applicable law.* Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.

21 16.2 *Because some jurisdictions do not allow the exclusion or limitation of liability for consequential or incidental damages or total liability, the above limitation may not apply to you. In such case, our total and aggregate liability to you arising out of or related to your use of (or your inability to use) OnlyFans or any of its services or features shall be limited to the maximum extent permitted by law or, if no amount is specified, one hundred pounds sterling (£100.00).* Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.

22 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL, 1990).

23 Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: [...]. (BRASIL, 1990).

à prestação dos serviços, desde que sejam defeitos restritos à natureza da atividade da plataforma, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (artigo 14 do Código). Por exemplo, falha de segurança da plataforma que deixa escapar da rede social foto com conteúdo de “nudez”, vídeo sensual e/ou dados cadastrais que deveriam ser mantidos na rede fechada, causando prejuízo à moral do usuário.

Observa-se, porém, que o fornecedor não será responsável se provar causa excludente da responsabilidade, fulcro no artigo 14, parágrafo 3^o²⁴, do referido diploma legal. Apesar disto, o artigo 19²⁵ da Lei nº 12.965/2014 estipula que o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo (foto, vídeo, **áudio**, textos ou mensagens) gerado por terceiros (usuários da plataforma) se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Feitas tais ponderações, depreende-se que o artigo 19 do Marco Civil da Internet conflita, em tese, com o artigo 6^o, inciso VIII²⁶, do **Código Consumerista** que trata dos direitos básicos do consumidor, logo, deveria prevalecer a lei especial (consumidor), em razão da sua força normativa constitucional (artigo 5^o, XXXII²⁷, da Constituição Federal). Igualmente em relação ao artigo 21²⁸ da Lei nº 12.965/2014 e o artigo 7^o, parágrafo único²⁹, da Lei nº 8.078/1990. Porém, nestes casos, a plataforma só responderá solidariamente após a notificação judicial que ordena a retirada do conteúdo da internet (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018).

Em outro patamar, a responsabilidade pelo vício do serviço decorre dos vícios de qualidade ou quantidade (por analogia) que tornem os serviços impróprios ao consumo, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (artigo 20 do Código). Ainda, o artigo 23³⁰ da Lei consumerista diz que a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos serviços não o exime de responsabilidade. **A título de exemplo, o usuário adere a plataforma da rede social pelo pagamento mensal de 10 (dez) dólares para acesso a determinados conteúdos de Usuários Criadores e Interação de Fãs, porém não lhe são fornecidos os acessos contratados e nem restituído o valor pago,**

24 § 3^o O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (BRASIL, 1990).

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

26 VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990)

27 XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1988)

28 Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

29 Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. (BRASIL, 1994)

30 Art. 23. A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade. (BRASIL, 1990)

gerando vício à incolumidade econômica do usuário, como aconteceu no caso análogo da atriz da *Disney Channel* Bella Thorne que será melhor ilustrado abaixo.

Vê-se, então, que as cláusulas de não indenizar ou as que excluam ou atenuem a responsabilidade da *OnlyFans* previstas no contrato de adesão são tidas como nulas para o ordenamento jurídico brasileiro frente à vulnerabilidade técnica, jurídica, fática ou econômica do consumidor. Apesar de tais cláusulas estarem previstas, a rede social fornecedora de conteúdo poderá ser responsabilizada se constatada a sua responsabilidade no caso concreto, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda no que tange às cláusulas abusivas, o Código Consumerista, no artigo 51, incisos IX³¹, X³², XI³³ e XIII³⁴, atesta que é abusiva a cláusula que: deixar ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor; permite ao fornecedor, direta ou indiretamente, variar o preço de maneira unilateral; autorize o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor; e autorize o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração.

Pois bem. Caso interessante ocorreu com a atriz da *Disney Channel*, a Bella Thorne. Segundo a reportagem do site da Folha (FOLHAPRESS, 2020), publicada em 30 de agosto de 2020, a atriz, criadora de conteúdo virtual na rede social *OnlyFans*, ofereceu aos usuários-fãs, através de mensagens, um conteúdo de imagens em que apareceria sem roupa por um valor de duzentos dólares, faturando, assim, mais de um milhão de dólar em um dia na plataforma. Porém, Bella não enviou tais fotos com conteúdo erótico para os usuários, enviando apenas fotos de roupa íntima (lingerie). Em consequência, a atriz foi acusada de “calote”. Com isso, a rede social, conhecida por não proibir conteúdo de “nudéz” e por ter conteúdos exclusivos de imagens eróticas, recebeu inúmeras reclamações de Usuários Fãs.

Em razão disto, a empresa decidiu, unilateralmente, limitar o valor do serviço de conteúdo oferecido pela atriz em cinquenta dólares e das gorjetas em, no máximo, cem dólares, bem como alterar o tempo para o pagamento ser efetivado na conta da Usuária Criadora, passando de sete dias para trinta dias. Todavia, observa-se que, devido ao fato ocorrido com um Usuário Criador, a plataforma alterou, unilateralmente, no meio da “partida”, as regras do “jogo” para todos os Usuários Criadores, causando críticas e insatisfação na mídia social. A justificativa da *OnlyFans* restringiu-se a evitar gastos excessivos e permitir que os usuários continuem usando a rede social com segurança. Entretanto, na prática, a plataforma atuou, em tese, de forma abusiva quando alterou unilateralmente o contrato e o preço pelo conteúdo oferecido no meio do jogo/ contrato, violando o disposto no Código do Consumidor. Isso porque o preço deve ser pactuado no momento da celebração do contrato e não alterado *a posteriori* ao livre arbítrio das partes.

Para mais, destaca-se que o Código não veda apenas a alteração unilateral direta do

31 IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor (BRASIL, 1990);

32 X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral (BRASIL, 1990);

33 XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor (BRASIL, 1990);

34 XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração (BRASIL, 1990);

preço, mas de qualquer fator que, estando ao arbítrio de uma única parte, tenha o poder de alterar indiretamente a cláusula-preço (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018). No caso, o Usuário Criador adere as cláusulas do contrato de adesão, concordando com aquilo que está exposto naquela ocasião, não podendo o conteúdo, o preço e/ou a qualidade ser modificados *a posteriori* de forma unilateral pela mera vontade do fornecedor. Isto significa, estabelecidas as “regras do jogo”, o objeto, o preço, a forma de pagamento e as condições de fornecimento, tem-se perfeito e acabado, fazendo-se leis entre as partes (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018). Melhor dizendo, portanto, toda e qualquer alteração contratual, superveniente à conclusão do contrato de consumo, deve ser levada a cabo por tratativas bilaterais das partes, uma vez que o Código Consumerista visa preservar o equilíbrio negocial entre a plataforma-fornecedora de conteúdo e o usuário-consumidor, nos termos do artigo 4º, inciso III³⁵, da Lei nº 8.078/1990, caso contrário, a cláusula será nula de pleno direito.

Para culminar, a plataforma consagra uma cláusula que permite a alteração de qualquer termo contratual, de forma unilateral e a qualquer tempo. A cláusula 1.5³⁶ informa que a FIL se reserva a fazer alterações aos termos a qualquer momento e a seu critério exclusivo. Nota-se que, na perspectiva do Código Consumerista, artigo 51, inciso XIII, a cláusula que prevê a alteração unilateral pela plataforma de qualquer termo contratual e a qualquer momento sem respeitar os limites legais é abusiva, sendo nula de pleno direito.

Regressando ao caso da atriz Bella Thorne, questiona-se: a oferta vincula o fornecedor de conteúdo? Consoante a inteligência do artigo 30³⁷ do Código de Defesa do Consumidor toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer meio com relação a serviços oferecidos obriga o fornecedor que a fizer veicular e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Logo após, o artigo 35³⁸ do mesmo diploma legal assegura alternativas ao consumidor (por exemplo: obrigação de fazer, aceitar outro serviço equivalente ou rescindir o contrato) se o fornecedor de serviços recusar cumprimento à oferta. Acrescenta-se a isso que o princípio da vinculação da oferta, corolário do princípio da boa-fé objetiva, considera que a oferta cria a obrigação pré-contratual para que não se frustre a legítima expectativa criada no consumidor, ou

35 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990).

36 1.5 *FIL reserves the right to make changes to these Terms at any time and at FIL's sole discretion. All changes are effective immediately from the time FIL posts them, and apply to all access to and use of the Website thereafter. By continuing to use OnlyFans, you agree to the Terms as modified or as they currently appear. You are expected to check this page from time to time so you are aware of any changes, as they are binding on you.* Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.

37 Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, 1990).

38 Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos (BRASIL, 1990).

seja, a “promessa é dívida” (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2018).

Acredita-se, assim, que por causa da oferta de imagens “sem roupa” da atriz, por meio de mensagens instantâneas, os Usuários Fãs adquiram, mediante pagamento, o serviço de fotos e/ou vídeos desta Usuária Criadora. Isto é, só se tornaram fãs da Criadora pela promessa de tais imagens, porém, suas expectativas restaram frustradas.

Dado isso, indaga-se: a plataforma poderia ser acionada judicialmente por não ter fornecido o conteúdo ofertado pela atriz Bella Thorne? E a Usuária Criadora, também poderia? E, seria possível um reembolso dos valores pagos pela oferta veiculada e/ou a obrigação de fazer? A plataforma poderia ser acionada judicialmente por não ter fornecido o conteúdo ofertado pela atriz, pois, como dito acima e previsão legal no Código Consumerista, a oferta vincula o fornecedor. Mais, a Usuária Criadora também poderia ser acionada, em tese, conforme os comentários feitos anteriormente em relação à responsabilidade civil, dado que, apesar de a rede social responder objetivamente pela oferta, poderia a *OnlyFans*, ingressar com ação de regresso em face da atriz criadora de conteúdo para apurar a devida responsabilidade, se os usuários afetados não o fizerem.

Quanto ao reembolso/restituição dos valores, seria possível, visto que o inciso III³⁹, do artigo 35, do Código dispõe que o consumidor, ora Usuário, pode rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, possuindo, ainda, direito a perdas e danos, a depender dos fatos do caso concreto. No mais, segundo o inciso II⁴⁰, do artigo 35, do Código mencionado, o Usuário pode escolher aceitar prestação de serviço equivalente, como fotos sensuais de roupa íntima ao invés da prometida foto de “nudez”. Todavia, no que corresponde à obrigação de fazer, apesar de o artigo 35, inciso I⁴¹, do Código Consumerista assegurar que o consumidor pode exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, no caso em tela, por se tratar de conteúdo de “nudez” não seria a opção mais aceitável, uma vez que a finalidade da teoria prevista no Código poderia ser desvirtuada na prática, inclusive gerar ilícitos induzidos (SOLARI MERLO, 2021).

Por último, mas não menos importante, partindo da compreensão do artigo 51, inciso XI⁴², do Código advém que a cláusula é abusiva e nula de pleno quando autoriza o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor, pois o objetivo aqui é enaltecer os princípios da boa-fé, confiança e do equilíbrio contratual. No entanto, apesar de a *OnlyFans* permitir que o usuário se desligue a qualquer tempo da plataforma, não sendo reembolsados os valores já pagos ou contratados, contém cláusulas⁴³ que permitem o cancelamento do contrato, a exclusão ou suspensão do usuário, e outras ações, inclusive sem informação prévia.

Resumidamente observa-se das cláusulas que: (I) a FIL se reserva no direito de, a
39 III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos (BRASIL, 1990).

40 II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente (BRASIL, 1990);

41 I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

42 XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

43 Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.

qualquer momento e sem prévio aviso, modificar, suspender ou encerrar a rede social ou qualquer serviço dela; ou de restringir, limitar, suspender ou encerrar o acesso do usuário a plataforma; ou, ainda, excluir conteúdo que o Usuário Criador postar (1.9⁴⁴, 1.9.1⁴⁵, 1.9.2⁴⁶, 1.9.3⁴⁷); e (II) a FIL se reserva no direito de desativar, a qualquer momento e a seu critério exclusivo, nome, senha ou outro identificador de usuário (3.8⁴⁸).

Daí depreende-se, por fim, que há violação, ainda que indireta, dos princípios da informação, da boa-fé objetiva e da confiança, visto que o usuário do serviço de conteúdo fica em constante alerta quanto às expectativas em relação ao contrato com a plataforma.

Portanto, ante as considerações, constata-se a necessidade de o Estado intervir no mercado para regular e fiscalizar as normas inerentes à relação de consumo para que haja mais eficiência e equilíbrio contratual, evitando-se, assim, cláusulas contratuais abusivas de forma excessiva, contudo, ressalta-se que a excessiva intervenção do Estado (em todos os níveis) na seara contratual pode tanto trazer instabilidade no ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes como gerar externalidades negativas (TIMM, 2009), por isso a importância de realizar a análise jurídica das cláusulas da rede social no panorama da legislação brasileira de proteção ao consumidor vulnerável, em especial, tecnicamente.

CONCLUSÃO

Após as análises fundamentais para a construção deste artigo é viável concluir que a rede social *OnlyFans* possui estrito campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que consagra os elementos subjetivos da relação de consumo, isto é, o Usuário como consumidor em sentido estrito ou equiparado, a depender do caso concreto e a plataforma (incluindo o Usuário Criador) como fornecedora de serviço, assim como a empresa oferece no mercado de consumo o serviço de conteúdo virtual de fotos, vídeos e/ou áudios com ou sem mensagens ou textos, mediante remuneração direta ou indireta.

Além disso, viu-se a importância do tema diante dos possíveis reflexos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as repercussões múltiplas que podem advir tanto pela falta de informação ou de conteúdo para o consumidor quanto pelo fornecimento de conteúdo com vício ou fato do serviço.

Por último, constatou-se a relevância de o consumidor virtual da *OnlyFans* ter ciência de algumas cláusulas contratuais consideradas abusivas perante o Código de Defesa do Consumidor, além de conhecer as consequências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil, minimizando,

44 1.9 *FIL reserves the right at any time and without notice to:*

45 1.9.1 *modify, suspend or terminate OnlyFans or any portion thereof;*

46 1.9.2 *restrict, limit, suspend or terminate your access to OnlyFans or any portion thereof*

47 1.9.3 *delete any content you post on OnlyFans as a Creator if in FIL's reasonable opinion it does not comply with these Terms and/or any applicable law;* Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.

48 3.8 *FIL reserves the right to disable any user name, password, or other identifier, whether chosen by you or provided by FIL, at any time and at FIL's sole discretion for any or no reason, including if, in FIL opinion, you have violated any provision of the Terms;* Disponível em: <https://koboguide.com/onlyfans-refund-tips/>.

assim, se é que é possível, eventuais falhas de mercado ante as práticas abusivas, posto que estas são nulas de pleno direito à luz do Código Consumerista.

Conclui-se, portanto, que a rede social *OnlyFans* chegou para inovar as espécies de serviços fornecidos no mercado de consumo virtual, gerando inúmeras curiosidades e reflexos jurídicos frente ao Código de Defesa do Consumidor, em especial no que se refere as cláusulas contratuais abusivas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. A vulnerabilidade juríslinguística nas relações contratuais: uma análise semântico-pragmática à luz do direito do consumidor. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, Salvador, v. 4, n. 2, p. 65-82, jul./dez., 2020. Disponível em: <https://periodicos.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/782/583>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BALDUÍNO JÚNIOR, Gean Carlos; SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Consumo e mercado: alternativas à tutela do consumidor e à defesa da concorrência na sociedade líquida. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 9, n. 1, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/983/pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Senado, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 06 dez. 2020.

GANEM, Pedro. Detentos vendem conteúdo erótico em plataforma digital de dentro do presídio. **Canal de Ciências Criminais**, abr., 2021. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/detentos-vendem-conteudo-erotico-em-plataforma-digital/>. Acesso em 29 abr. 2021.

CZELUSNIAK, Vivian Amaro. Uma análise socioeconômica sobre a aplicação do princípio da dignidade humana no Direito do Consumidor. **Revista Direito e Desenvolvimento**. vol. 9, n. 2, p. 319-334, ago./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/598/569>. Acesso em: 29 abr. 2021.

FOLHAPRESS. Bella Thorne dá calote em usuários do *OnlyFans* e revolta produtores de conteúdo erótico. **Folha de Pernambuco**, 30 ago. 2020. Disponível em: <https://www.folhape.com.br/cultura/bella-thorne-da-calote-em-usuarios-do-onlyfans-e-revolta-produtores-de/152931/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

LAHER, Raissa Salim Ebrahim. **A influência do instagram no comportamento do consumidor online**. 2019. 105 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2019.

MONTARDO, Sandra Portella; ARAÚJO, Willian. Performance e práticas de consumo online: ciberativismo em sites de redes sociais. **Revista FAMECOS: mídia, cultura e tecnologia**, Lisboa, v. 20, n. 2, p. 472-497, maio/ago. 2013.

NASCIMENTO, Carlo Bruno Lopes do. A problemática da informação imperfeita nas relações de consumo e a necessidade de proteção do vulnerável. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, n. 2, p. 381-408, Lisboa, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0381_0408.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

ONLYFANS. Disponível em: <https://onlyfans.com/terms>. Acesso em: 10 dez. 2020a.

ONLYFANS. Disponível em: <https://onlyfans.com/terms/user-content>. Acesso em: 29 nov. 2020b.

ROSSIGNOLI, Marisa; ALMEIDA, Patrícia Silva de. Governamentabilidade neoliberal: reflexões sobre o crescimento econômico e o crescimento inclusivo. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. v. 9, n. 3, p. 219-242, set./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/23440/23499>. Acesso em: 29 abr. 2021.

SILVESTRINI, João Pedro; GERAIGE NETO, Zaiden; VILELA, Thiago Ribeiro Franco. A contribuição do Código de Defesa do Consumidor na tutela de interesses individuais e coletivos. **Revista Direito e Justiça**, Santo Angelo, v. 19, n. 34, maio/ago. 2019. Disponível em: http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2869/1803. Acesso em: 29 abr. 2021.

SOLARI MERLO, Mariana Noelia. Medidas de autoprotección en redes sociales. Análisis de los hábitos de los usuarios de Facebook, Instagram y Twitter. **Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística**, v. 8, v. 17, p. 91-117, ago./dec. 2021. Disponível em: <https://zenodo.org/record/4568523#.YIsWb7VKjIV>. Acesso em: 29 abr. 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 9. ed. São Paulo: Método, 2020.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. **Revista da AMDE**, Belo Horizonte, v. 2, 2009. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>. Acesso em: 29 abr. 2021.

Como citar: VITA, Jonathan Barros; DE OLIVEIRA, Bruno Bastos; COSTA, Ana Carolina Pazin. Aspectos jurídicos relacionados à rede social onlyfans: uma abordagem na perspectiva das relações de consumo. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 141-158, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p141. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2021-05-03

Aprovado em 2021-09-11

REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA: A CONTRIBUIÇÃO DE TÉCNICAS PROCESSUAIS DELIBERATIVAS

JUDICIAL REVIEW OF PUBLIC POLICIES AND
DEMOCRATIC LEGITIMACY: THE CONTRIBUTION
OF DELIBERATIVE PROCEDURAL TECHNIQUES

Marcos Nassar*
Lídia Maria Ribas**

*Doutorando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo E-mail: marcaonassar@yahoo.com.br

**Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo Professora do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul E-mail: limaribas@uol.com.br

Como citar: NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Revisão judicial de políticas públicas e (i)legitimidade democrática: a contribuição de técnicas processuais deliberativas. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 159-175, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p159. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O artigo objetiva, para além de identificar as fontes normativas legitimadoras do sistema de justiça – cujos membros não são escolhidos e controlados por meio do voto – em sua atuação revisora e amiúde modificadora de políticas públicas elaboradas e levadas a efeito por representantes democraticamente eleitos pelo povo, sobretudo verificar a viabilidade da adoção de mecanismos de incremento da legitimidade democrática de tal atuação. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo, a partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Parte-se, como pressuposto, da justiciabilidade dos direitos prestacionais, inclusive dos decorrentes de normas principiológicas, cuja efetividade frequentemente demanda a implementação adequada de políticas públicas. Busca-se então demonstrar que a alteração de política pública como forma de tutela de tais direitos, ainda que em caráter excepcional e com grande complexidade na prática, pode apresentar-se como único meio de proteção do direito. Por fim, apresentam-se reflexões sobre o déficit de legitimidade democrática sufragista de que padece o sistema de justiça para a aludida forma de tutela, bem como possíveis mecanismos de compensação desse déficit por meio da qualificação da atividade deliberativa do órgão jurisdicional.

Palavras-chave: Direitos prestacionais. Políticas implementadoras. Alteração judicial, Democracia. Deliberação.

Abstract: The paper aims to identify the legitimate normative

sources of the justice system (whose members are not chosen and controlled by voting) in its reviewing and often modifying public policies elaborated and carried out by representatives democratically elected by the people, as well as and primarily to verify the feasibility of adopting mechanisms to increase democratic legitimacy in such action. The hypothetical-deductive method is used, based on bibliographic and jurisprudential research. It starts with, as an assumption, the justiciability of social-economic rights, including those resulting from principles, whose effectiveness often demands the proper implementation of public policies. The aim is to demonstrate that the change in public policy as a form of protection of such rights, even though it has an exceptional character and proves to be quite complex in practice, can present itself as the only means of protecting the right. Finally, reflections are presented on the deficit of suffragist democratic legitimacy suffered by the justice system for the aforementioned form of judicial protection, as well as possible mechanisms to compensate for this deficit through the qualification of the deliberative activity of the judicial branch.

Keywords: Social-economic rights. Policies. Judicial review. Democracy. Deliberation.

INTRODUÇÃO

Aborda-se neste artigo a questão da legitimidade democrática do sistema de justiça, cujos membros não são escolhidos e controlados por meio do voto popular, para a realização de alterações em políticas públicas elaboradas e levadas a efeito por representantes democraticamente eleitos. Intenta-se analisar o emprego de mecanismos de incremento da legitimidade democrática dessa atividade revisora, tomando-se por empréstimo técnicas de deliberação pensadas primordialmente para o exercício da jurisdição constitucional pelas cortes constitucionais e supremas cortes.

O estudo parte do método hipotético-dedutivo e vale-se de pesquisa bibliográfica e da jurisprudência dos tribunais de superposição. Sua oportunidade decorre da notória e crescente judicialização de políticas públicas no Brasil, que já assumiu contornos de litigância massificada (como, por exemplo, no campo da saúde pública). As discussões sobre o tema centram-se mais acentuadamente em questões relacionadas à escassez de recursos, falta de previsão orçamentária e possibilidade de isso ser alegado com sucesso pelo Poder Público contra o não atendimento a prestação contida no chamado mínimo existencial. Neste trabalho, diferentemente, o foco está na própria legitimidade – nomeadamente sob o aspecto democrático – do sistema de justiça para tratar dessas questões e de outras relacionadas.

Para tanto, parte-se de análise marcadamente normativa quanto à possibilidade de tutela jurisdicional em favor de direitos prestacionais, oriundos de regras ou princípios, inclusive mediante, quando necessário, alteração na política pública destinada a dar concretude ao direito judicialmente reconhecido. Em seguida, foca-se o déficit de legitimidade democrática sufragista de que padece o sistema de justiça para a aludida forma de tutela, bem como possíveis mecanismos de compensação desse déficit, a partir da noção de deliberação peculiar ao desempenho da jurisdição constitucional.

1 EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS

Na presente seção, busca-se assentar como premissa para o restante do texto a exigibilidade em juízo dos direitos fundamentais de segunda geração¹, isto é, dos direitos econômicos, sociais e culturais, cujo objeto consiste numa conduta positiva estatal.

1.1 DIREITOS PRESTACIONAIS COMO VERDADEIROS DIREITOS SUBJETIVOS

Para Pontes de Miranda (1995, p. 23), “direito subjetivo é atribuição de um bem da vida,

¹ A despeito de vários autores adotarem a designação “dimensões” de direitos, prefere-se a terminologia mais antiga e bastante difundida: “gerações” de direitos. Não se desconhece a principal crítica que se faz ao termo “geração”, que passa a ideia de sucessão, no sentido de que uma geração morre e outra nasce, ao passo que, com os direitos fundamentais, não há sucessão, mas sobreposição e complementaridade. No entanto, apesar dessa crítica, o uso da palavra “geração” bem expressa a historicidade do surgimento dos direitos fundamentais e, de resto, parece ínfimo o risco hoje em dia de o uso do termo levar ao equívoco de que teria havido uma “sucessão” de direitos.

quando a lei o garante. O que o caracteriza é a subjetividade combinada com a incidência concreta da lei”. Trata-se da vantagem de determinado sujeito (titular), em relação a outro sujeito – que tem o dever correspondente –, gerada como efeito de um fato jurídico (MIRANDA, 1998). Fato jurídico, por sua vez, explica Miranda (1995; 1998) é um fato ou um conjunto de fatos descrito na norma jurídica, que, uma vez realizado no mundo natural, recebe a incidência normativa, passando a produzir efeitos jurídicos previstos na norma, entre os quais se situam os direitos subjetivos.

Dado direito subjetivo pode ou não estar dotado de pretensão de direito material, que é a exigibilidade da prestação objeto do direito. Ela diz respeito à possibilidade de exigir-se do obrigado a satisfação do direito subjetivo. Um direito de crédito sujeito a termo inicial, por exemplo, até o vencimento da dívida, é direito subjetivo ainda não munido de pretensão: ao credor ainda não é dado exigir a prestação. Nas palavras de Pontes de Miranda, “pretensão é a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa” (1998, p. 68). A ela corresponde a obrigação, que é o “dever premível do destinatário”. Seu exercício (exigência de satisfação do direito), para ter êxito, depende da prestação voluntária do obrigado. Exercida a pretensão de direito material com recusa do obrigado em satisfazê-la, surge em favor do titular do direito a ação de direito material, que é o “exigir + agir” para a satisfação do direito, mesmo contra vontade do obrigado (MIRANDA, 1998, p. 64). A ação de direito material é hoje exercida fundamentalmente pelo Estado por entremédio da “ação” processual, com a qual se exige e se age no sentido de fazer atuar a jurisdição, a cuja prestação está o Estado obrigado.²

Em termos mais simplificados, pode-se dizer apenas que a um direito subjetivo sempre corresponde um dever, ambos regidos por uma norma de conduta (BOBBIO, 2004). Violado o direito, é devido remédio jurisdicional adequado.

Essa estrutura faz-se presente em relação aos direitos de segunda geração. O direito social é a atribuição de dado bem da vida – com a imputação do correlato dever –, nascida como efeito de um fato jurídico, sobre o qual incidiu a norma jurídica que garante a atribuição.

Quanto ao aspecto normativo, é de ver que tanto regras quanto princípios formulam-se por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Um dos mais difundidos critérios de diferenciação entre essas espécies normativas é apresentado por Robert Alexy (2008, p. 90-91): “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, são *mandamentos de otimização*, que podem ser satisfeitos em graus variados – as possibilidades jurídicas referem-se aos princípios e regras colidentes no caso concreto –, ao passo que “as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, pois contêm determinações a serem satisfeitas tal qual a norma expressa. Ademais, princípios “não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”, ao passo que “regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas*” (ALEXY, 2008, p. 104, 106). Em correlação com essa última distinção, Alexy também diferencia direitos *prima facie* e direitos definitivos, explicando que a tutela jurisdicional se refere apenas a esses últimos, mesmo que decorram de princípios – nesse caso, a decorrência é indireta,

² Sobre as diferenças entre pretensão e ação de direito material e pretensão e “ação” de direito processual, cf. as obras indicadas de Pontes de Miranda.

pois o direito definitivo nasce da regra definida a partir da relação de preferência estabelecida num caso concreto de colisão.

Virgílio Afonso da Silva (2011), em relação ao suporte fático das normas de direitos fundamentais, esclarece que, de regras decorrem direitos e deveres definitivos, enquanto de princípios emanam direitos e deveres *prima facie*. O princípio garante e impõe algo *prima facie* e apenas em cada caso será possível definir o que é garantido e imposto definitivamente.³

Vê-se, pois, que, mesmo de princípios, sem suporte fático preciso e tampouco efeitos jurídicos perfeitamente pré-delimitados, podem surgir autênticos direitos subjetivos prestacionais, com pretensão e, em caso de violação, ação de direito material, muito embora a análise desse tipo de caso concreto possa mostrar-se muito mais complexa em comparação ao ordinário silogismo referente à incidência de uma regra (com suporte fático e efeitos jurídicos bem definidos).⁴

1.2 RAZÕES PARA A MENOR EFETIVIDADE DOS DIREITOS PRESTACIONAIS, EM COMPARAÇÃO COM AS LIBERDADES NEGATIVAS

O grande problema no campo dos direitos fundamentais já há bastante tempo não é mais principalmente de justificação filosófica, mas político-jurídico e prático, quanto a medidas de efetiva proteção (BOBBIO, 2004). Esse problema é ainda mais marcante quanto aos direitos prestacionais. Por isso, quanto a estes, questiona Bobbio (2004): sua previsão encontra-se em normas meramente “programáticas”? Tais normas ordenam, proíbem ou permitem num futuro indefinido? Trata-se de “direitos” cuja proteção, pela exigibilidade do correspectivo dever ou obrigação, é adiada indefinidamente?⁵

Para tentar elucidar a questão, importa mencionar a crítica tecida por Virgílio Afonso da Silva (2011) à conhecida classificação de José Afonso da Silva das normas constitucionais quanto à sua eficácia jurídica, encarada apenas a partir do texto constitucional. Virgílio afirma que toda e qualquer norma constitucional de direitos fundamentais pode sofrer restrições por norma infraconstitucional – o que infirma a distinção entre normas de eficácia plena e contida –, ao passo que pode (e, às vezes, deve) ser regulamentada – o que refuta e torna sem sentido a distinção entre

3 Tratando de direitos fundamentais nascidos a partir de princípios, Virgílio Afonso da Silva afasta a concepção de suporte fático restrito, pela qual haveria definição *a priori* do âmbito de proteção da norma, com a exclusão de dadas condutas, estados e posições jurídicas. Ele adota a noção de suporte fático amplo (sem exclusões *a priori*): sua definição exata dá-se apenas diante das peculiaridades do caso e das demais normas incidentes. Assim, em se tratando da incidência de um princípio constitucional, “um direito social também deve ser realizado na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes” (SILVA, 2011, p. 205).

4 A intenção aqui, como pressuposto para o restante do artigo, é somente afirmar a possibilidade de exigir-se judicialmente a satisfação de direitos prestacionais decorrentes de normas principiológicas. Refoge aos objetivos do artigo enfrentar os exageros verificados, inclusive no âmbito do controle jurisdicional de políticas públicas, em razão de alegada aplicação de princípios, sem que exista, porém, parâmetro normativo de controle minimamente claro, isto é, com densidade suficiente a superar a presunção de legitimidade dos atos do Legislativo e do Executivo, cujos membros foram eleitos para tomar decisões políticas em nome do povo, nos limites constitucionais. A análise desses exageros, que dão azo ao chamado decisionismo judicial – por meio do qual o julgador substitui, de forma ilegítima, deliberações de representantes do povo, eleitos, por suas próprias preferências pessoais, travestidas de supostos princípios jurídicos –, demandaria pelo menos outra pesquisa inteira.

5 Também para Bobbio (1999), princípios são espécies de normas jurídicas.

normas de eficácia plena e limitada. Além disso, restrição e regulamentação são atividades com diferenças tênues e muitas vezes se confundem na prática.

Em geral, a eficácia plena é associada aos direitos de primeira geração, enquanto a limitada é relacionada aos direitos de segunda geração, os prestacionais. Para Virgílio Afonso da Silva (2011), essas associações derivam menos do texto normativo do que de opções político-ideológicas. Em realidade, a efetivação por meio de políticas públicas é que parece ser determinante para a eficácia da norma. Eficácia aqui num conceito que vai além da aptidão para produção de efeitos jurídicos ante a presença dos respectivos pressupostos normativos, para abarcar também a ideia de efetividade, de efetivação prática dos direitos.

A diferença central entre os direitos prestacionais, tradicionalmente vinculados à eficácia limitada, e os direitos de liberdade, associados em geral à eficácia plena, está na existência de condições (institucionais, legais, materiais etc.) de produção de efeitos desses últimos e na inexistência de tais condições em relação àqueles.⁶

2 INAFASTABILIDADE DA REVISÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PELO SISTEMA DE JUSTIÇA NA ATUAL ORDEM CONSTITUCIONAL

Firmadas em linhas gerais, consoante se buscou fazer na seção precedente, as razões pelas quais a violação a direitos subjetivos prestacionais deve render ensejo a tutela jurisdicional, pretende-se expor, na seção ora iniciada, a possibilidade de essa tutela efetivar-se, quando necessário, por intermédio de alteração da política pública relativa ao direito reconhecido.

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS PRESTACIONAIS

Políticas públicas são instrumentos estatais para o alcance de objetivos socialmente relevantes, inclusive a implementação de direitos econômicos, sociais e culturais (como, por exemplo, o direito à saúde e à educação). Cuida-se de “uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado” (COMPARATO, 1998, p. 45). Confira-se a respeito a lição de Maria Paula Dallari Bucci (2001, p. 13):

Pode-se partir de uma definição provisória de políticas públicas como programas de ação governamental voltados à concretização de direitos. [...] Há uma estreita relação entre os temas das políticas públicas e dos direitos humanos. Pois uma das características do movimento de ampliação do conteúdo jurídico da dignidade humana é a multiplicação das demandas por direitos, demandas diversificadas e pulverizadas na titularidade de indivíduos.

⁶ A efetividade dos direitos sociais depende de custos maiores que a dos direitos de liberdade, em especial porque cada direito social (à saúde, à educação, à moradia etc.) requer investimentos específicos, ao passo que boa parte dos custos das liberdades públicas é aproveitado de maneira global por todas elas (legislação, organização judiciária etc.) (SILVA, 2011).

Em texto posterior, a autora apresentou esta definição: “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (2006, p. 241).

Na Constituição de 1988, previram-se vários direitos prestacionais a serem realizados por meio de políticas públicas, em linha com os fundamentos e objetivos da República, previstos nos arts. 1º e 3º. Essas previsões devem servir de norte para a definição das despesas e prioridades na elaboração do orçamento público (RIBEIRO, 2011; RAMASCO; BLANCHET, 2017), o que conduz à questão sobre o respectivo controle, como exposto a seguir.

2.2 CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

As Constituições dos Estados sociais passaram a estabelecer os fins coletivos a serem perseguidos e programas de ação a serem implementados. Com isso, colocou-se como consequência previsível a questão da judicialização das políticas públicas (COMPARATO, 1998). Hoje, a normatividade das aludidas previsões constitucionais é amplamente reconhecida, com o que se abre a possibilidade de exigência de seu cumprimento em juízo. Isso decorre, ainda, na linha que se vem expondo, do seguinte: como os direitos prestacionais são passíveis de tutela jurisdicional, logo, as políticas públicas voltadas à sua implementação podem ser submetidas a controle jurisdicional. Cuida-se de consequência lógica desse modelo de concretização estatal de direitos.

Além disso, a possibilidade desse controle judicial é também decorrência da adoção pelo Brasil do presidencialismo. O modelo presidencialista de inspiração norte-americana originou-se do objetivo de contenção do poder, para evitar abusos. Daí a penetração encontrada nos Estados Unidos pela teoria de Montesquieu, de dispersão do poder e *checks and balances*, com controles mútuos entre os diversos entes e órgãos estatais investidos de poder (tripartição dos poderes, unidades federativas parciais e ente central etc.). O controle de constitucionalidade, nesse sistema de governo, é o recurso mais expressivo do Judiciário, determinante para que se lhe confira a estatura de poder estatal. Nos Estados Unidos, apesar de esse modelo ter sido adotado já na Constituição em 1787, o controle de constitucionalidade só passou do campo da potencialidade para o da realidade em 1803, com o julgamento pela Suprema Corte, presidida pelo juiz Marshall, do famoso caso *Marbury versus Madison*, e foi consolidando-se paralelamente ao fortalecimento do sistema de justiça. Por isso, não obstante a influência de Montesquieu para a dispersão do poder que marcou a Constituição norte-americana, sua ideia de juiz como mera “boca da lei” não prosperou no curso da história do país (SADEK, 2013a; SADEK, 2013b).⁷

De outro lado, no Judiciário brasileiro, por muito tempo, a autocontenção foi a marca

⁷ No sistema parlamentarista, apesar de sua origem também remontar ao liberalismo político – ou seja, à ideia de Estado de Direito e contenção do poder –, a ênfase não está na dispersão do poder, mas sim na transferência deste das mãos do monarca para o parlamento, de sorte que a centralidade da figura do parlamento enfraquece a indicada função revisora do Judiciário (SADEK, 2013a; SADEK, 2013b).

na seara do controle de políticas públicas. Isso, porém, começou a mudar com a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e alterou-se profundamente com a Constituição de 1988, ante, por exemplo, o estabelecimento de objetivos fundamentais da República e do princípio da moralidade administrativa como parâmetro de controle (v. arts. 5º, LXXIII, e 37) (GRINOVER, 2013).

Atualmente, a judicialização de políticas públicas é fenômeno bem conhecido no Brasil e considerado inerente à ordem constitucional vigente, garantidora de inúmeros direitos prestacionais. Mais uma razão disso está em que, quanto maior o detalhamento do texto constitucional e do rol de direitos fundamentais, notadamente os sociais, maior é o espaço para a atuação judicial no controle de políticas públicas (SADEK, 2013^a; SADEK, 2013b). São esclarecedoras, quanto ao ponto, as lições de Maria Paula Dallari Bucci (2001, p. 10):

O problema da justiciabilidade dos direitos sociais se alarga muito, passando a abarcar todo o caminho de efetivação de um direito, desde o seu nascimento, quando é previsto na norma, até a sua emancipação, quando é encartado em determinado programa de ação de um governo e passa a integrar medidas de execução. Em outras palavras, a exigibilidade de um direito aparece nas várias fases de organização temporal da política pública, desde o estabelecimento da agenda (*agenda setting*), a formulação de alternativas, a decisão, a implementação da política, a execução até a fase final, da avaliação.

Assim, a constatação de que a Constituição de 1988 adotou o sistema de governo presidencialista e encerra texto bastante pormenorizado, com amplo leque de direitos prestacionais (à saúde, educação, moradia etc.) e medidas de garantia de direitos – por exemplo, aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inafastabilidade jurisdicional e fortalecimento do Ministério Público –, é indicativa do espaço aberto no país para o controle jurisdicional das políticas públicas (SADEK, 2013a; SADEK, 2013b).

De resto, não obstante as dificuldades práticas, o controle judicial encontra legitimidade não só em texto constitucional exposto – notadamente no art. 5º, XXXV (inafastabilidade jurisdicional) e §1º (aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais⁸) –, como na própria ideia de constitucionalismo, que distingue o poder constituinte do povo, que edita a lei mais alta, e o poder ordinário das autoridades do governo e do eleitorado, de que resulta a lei comum. Numa democracia constitucional, o poder ordinário é limitado e guiado pelo poder constituinte, relação garantida pelo estabelecimento do controle de constitucionalidade. Não há, pois, supremacia parlamentar. Tampouco a corte suprema exerce o poder supremo, que é exercido pelos três poderes em sua relação constitucionalmente estabelecida e todos são responsáveis perante o povo.⁹ Daí resulta que o controle de constitucionalidade é antimajoritário apenas no que se refere à lei ordinária, mas não relativamente à autoridade superior do povo e à lei mais alta. Fica claro, assim, que a revisão judicial não é antidemocrática, ao menos a partir da noção de democracia constitucional (RAWLS,

⁸ Confira-se, a propósito, SARLET, 2008, p. 13 e 20, com referência à doutrina sobre a matéria.

⁹ “A constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio dos outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é. Uma interpretação específica da constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria ampla e estável, como ocorreu no caso do *New Deal*” (RAWLS, 2000, p. 288).

2000).

Há certo tempo está sedimentado também na jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal, que é permitido ao sistema de justiça, notadamente ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, o controle de políticas públicas em face de situações de injustificável comportamento estatal (comissivo, omissivo ou parcialmente omissivo) quanto à efetivação de direitos sociais assegurados constitucionalmente.¹⁰ É que, apesar de competir primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo a elaboração e execução de políticas públicas, cabe ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais¹¹, e ao Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, promoverem o cumprimento da Constituição, na efetivação de políticas públicas por ela impostas, em casos de comportamentos estatais descumpridores, de modo irrazoável, das normas respectivas. A legitimidade, assim, para tal atuação do sistema de justiça, ainda que sob a marca da excepcionalidade, é conferida pelo próprio texto constitucional, expressão máxima do poder soberano popular (art. 1º, parágrafo único).

É preciso frisar, ainda, que não se cuida – nem se pode cuidar – de controle judicial do mérito administrativo propriamente dito, ou seja, a revisão judicial não pode ser motivada por razões de discricionariedade. O controle só pode desencadear-se por razões de legalidade *lato sensu*, ou seja, de juridicidade. Dessarte, a atuação do sistema de justiça só pode legitimamente iniciar-se em razão de (e para remediar) violação ou ameaça de violação a direito, em decorrência de abuso governamental, garantindo-se a supremacia da Constituição.¹²

10 Desde a conhecida decisão do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45 (BRASIL, 2004) – que, apesar de em sua conclusão ter apenas extinguido o processo sem exame de mérito, tornou-se precedente paradigmático quanto à possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, como expõem não sem um bem fundamentado caráter crítico Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro (2015) –, foram proferidas pelo STF, com a mesma linha argumentativa, inúmeras outras, monocráticas e colegiadas. A título ilustrativo, indiquem-se alguns acórdãos sobre: (i) implantação da Defensoria Pública no âmbito estadual: AI 598212 ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 25/3/2014, DJe-077 23/4/2014; (ii) ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais: RE 581352 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 29/10/2013, DJe-230 21/11/2013; (iii) direito à saúde: AI 734487 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2T, j. em 3/8/2010, DJe-154 19/8/2010; (iv) segurança pública: RE 628159 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1T, j. em 25/6/2013, DJe-159 14/8/2013; RE 559646 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, 2T, j. em 7/6/2011, DJe-120 22/6/2011; e RE 367432 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2T, j. em 20/4/2010, DJe-086 13/5/2010; (v) gratuidade nos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos: AI 707810 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1T, j. em 22/5/2012, DJe-110 5/6/2012; (vi) acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola para crianças: ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 23/8/2011, DJe-177 14/9/2011; e RE 410715 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, 2T, j. em 22/11/2005, DJ 3/2/2006; (vii) vaga em estabelecimento de educação infantil: RE 595595 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2T, j. em 28/4/2009, DJe-099 28/5/2009; e (viii) transporte de alunos da rede estadual de ensino: RE 603575 AgR, Rel. Min. Eros Grau, 2T, j. em 20/4/2010, DJe-086 13/5/2010. Cf. outros acórdãos do STF sobre a judicialização de políticas públicas: RE 788170 AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, 2T, j. em 22/4/2014, DJe-085 6/5/2014; RE 658171 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 1T, j. em 1º/4/2014, DJe-079 25/4/2014; e RE 677524 AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, 1T, j. em 24/4/2012, DJe-096 16/5/2012. No mesmo sentido vem pronunciando-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Também a título exemplificativo, vejam-se alguns arestos sobre: (i) efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola: EREsp 485969/SP, Rel. Min. José Delgado, 1S, j. em 23/8/2006, DJ 11/9/2006, p. 220; (ii) fornecimento de medicamentos: AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2T, j. em 21/11/2013, DJe 6/12/2013; (iii) direitos previdenciários: REsp 1309137/MG, Rel. Min. herman benjamin, 2T, j. em 8/5/2012, DJe 22/5/2012; e (iv) implementação do modelo de assistência à saúde do índio e instalação material de serviços de saúde à população indígena: REsp 811608/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1T, j. em 15/5/2007, DJ 4/6/2007, p. 314.

11 Em especial: art. 127, *caput*, da Constituição: “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”; e art. 129, II e III, da Constituição: “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”; e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

12 Frise-se que a apreciação desse tipo de caso não costuma ser simples. Pode suceder de a própria análise sobre a existência do direito e sua violação ser complexa, como indicado no item 1.1.Vale, portanto, reafirmar aqui a ilegitimidade do decisionismo judicial que disfarça sob a aparente aplicação de princípios de conteúdo bastante aberto (como o da dignidade humana, por exemplo) a substituição de decisões políticas amparadas pelo voto por

3 MECANISMOS DE ATENUAÇÃO DO DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA SUFRAGISTA DO SISTEMA DE JUSTIÇA NA MODIFICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Até este ponto, objetivou-se explicar que a legitimidade do sistema de justiça para o controle de políticas públicas – quando necessário para a proteção de direitos – é conferida diretamente pela ordem constitucional e pela noção de democracia constitucional. Nesta seção, intenta-se enfrentar a questão da falta de legitimidade democrática derivada do voto, de que padece o sistema de justiça no desempenho de tal tarefa, bem como indicar formas de incremento de legitimação democrática em favor desse tipo de atuação.

3.1 FALTA DE LEGITIMIDADE PELO VOTO E ATIVIDADE DELIBERATIVA DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

Como já argumentava William Fletcher no início dos anos 80, o primeiro problema relativo à atuação do Judiciário para reestruturar políticas públicas refere-se à sua legitimidade. A atuação judicial aí finda por ter certo caráter discricionário e político, embora motivada por uma injuridicidade. Portanto, é presumivelmente ilegítima, porquanto não sofre o controle contra abusos decorrente do sufrágio popular. No entanto, essa presunção de ilegitimidade é superada se os órgãos políticos dos Poderes Legislativo e Executivo que devem ordinariamente realizar a discricionariedade política estão em falta séria e crônica quanto à realização de seus deveres constitucionais. A superação da presunção de ilegitimidade aí decorre da necessidade de preservar a Constituição, que, de outro modo, restaria violada sem que houvesse remédio algum. A legitimidade, então, emana da necessidade de proteger o direito constitucional ofendido, dada a ausência, em análise realística, de outra alternativa. Nessa situação excepcional, que deve ser objeto de ampla fundamentação, a atuação jurisdicional mostra-se necessária e legítima (FLETCHER, 1982).

Isso não significa, todavia, que as críticas levantadas contra esse controle a partir do argumento da ilegitimidade devam ser simplesmente ignoradas. O argumento da falta de legitimidade do sistema de justiça – cujos membros não ostentam representatividade oriunda do voto popular – para realizar modificações de decisões tomadas pelos representantes eleitos do povo sobre gastos públicos, os quais são realizados com recursos formados pelos tributos recolhidos do próprio povo (WALDRON, 1999), se, por um lado, não infirma o fato de a Constituição ter conferido explicitamente ao sistema de justiça a tarefa de realizar o controle, inclusive de constitucionalidade, dos atos do Poder Público, institucionalizando, assim, no país uma democracia constitucional, por outro, recomenda que a legitimidade nessas situações seja objeto de reflexão e, na medida do possível, de reforço.

Deveras, o argumento da carência de legitimidade judicial não é desprezível: os membros do sistema de justiça não são eleitos e não respondem diretamente perante os cidadãos e, ao modificar

preferências pessoais. Cf. acima nota n. 4.

políticas públicas, muitas vezes derrogam decisões tomadas por representantes do povo, eleitos e responsáveis perante a cidadania nas urnas. O contra-argumento de que o parâmetro para tal revisão é dado pelo texto constitucional, embora relevante, não é isento de críticas: a Constituição é redigida em boa parte numa linguagem vaga, que poucas vezes guarda referência direta com os casos julgados pelo Judiciário. Desse modo, a margem de discricionariedade interpretativa das normas constitucionais mostra-se, na prática, bastante larga. As comuns mudanças interpretativas do próprio STF acerca do que prescreve a Constituição são prova dessa discricionariedade. Portanto, tão somente afirmar que o parâmetro de controle está consubstanciado no texto constitucional não ilide cabalmente o argumento da falta de legitimidade judicial (HOGG; BUSHELL, 2014).

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, usualmente se afirma que a falta de legitimidade democrática direta (conferida pelo voto) dos órgãos judiciais incumbidos do controle é compensada por outras fontes de legitimidade, uma das quais é a qualidade da argumentação (MENDES, 2012; SILVA, 2013). Com efeito, como aludidos órgãos – inclusive as cortes constitucionais e supremas cortes – não sofrem o escrutínio do voto, sua legitimidade e autoridade decorrem, entre outras coisas, de sua posição de imparcialidade em relação às disputas políticas e da fundamentação de suas decisões, calcada no ordenamento jurídico, que é produzido por representantes eleitos pelo povo – o que confere à decisão judicial uma espécie de justificação democrática indireta. Essa fundamentação, na linha do pensamento de Rawls (2000), é feita a partir da ideia de razão pública. De outro lado, a fundamentação da decisão tem também uma função legitimadora não relacionada com a democracia, mas sim com propiciar previsibilidade (segurança jurídica) para planejamento de ações futuras por parte de agentes estatais e particulares (FEREJOHN; PASQUINO, 2003).

Ao tratar da deliberação como uma das fontes de legitimação do controle de constitucionalidade, a doutrina especializada costuma distingui-la em interna e externa. As práticas deliberativas internas referem-se ao esforço de persuasão e racionalidade empreendido entre os membros do colegiado incumbido de tomar a decisão. Já a deliberação externa consiste também num esforço de persuasão e racionalidade, mas desta feita voltado para fora do órgão jurisdicional, de modo que este ativamente escute e considere razões oriundas de fora (FEREJOHN; PASQUINO, 2004).

Conrado Hubner Mendes (2012) esclarece melhor essa classificação ao explicar as fases deliberativas do julgamento, às quais correspondem tarefas deliberativas específicas: à primeira fase (pré-decisional) correlaciona-se a tarefa de contestação pública; na segunda (decisional), tem lugar a interação colegiada; e a terceira (pós-decisional) refere-se à redação da decisão tomada. A segunda fase é interna. A primeira e terceira são externas, pois o órgão judicial interage com a esfera pública, esperando-se que os interlocutores sejam participantes ativos nessas fases, apresentando argumentos e submetendo a decisão final a um escrutínio rigoroso. No curso da contestação pública, na fase pré-decisional, ganham destaque a figura do *amicus curiae* e a possibilidade de realização de audiências públicas, para enriquecer-se a deliberação por meio da contribuição de interlocutores qualificados.

Essas observações sobre a deliberação enquanto uma das fontes de legitimidade do controle de constitucionalidade valem em boa medida igualmente para a revisão judicial de políticas públicas. Isso porque, em primeiro lugar, a apreciação de políticas públicas em juízo pressupõe no mais das vezes a realização do controle difuso de constitucionalidade, uma vez que a Constituição da República prevê ampla gama de direitos sociais e políticas públicas em seu texto, que servem, pois, como parâmetros de controle. Além disso, as mesmas críticas dirigidas contra o controle de constitucionalidade no que se refere à falta de legitimidade democrática dos órgãos dele encarregados, cujos membros não são escrutinados pelas urnas, são de idêntica forma direcionadas ao controle judicial de políticas públicas. Em ambas as hipóteses o Poder Judiciário revê decisões políticas – ainda que por critérios jurídicos – tomadas por Poderes cuja legitimidade é extraída em grande parte do voto popular.

3.2 TÉCNICAS PROCESSUAIS DE DELIBERAÇÃO E INCREMENTO DE LEGITIMIDADE DA REVISÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO

À luz das considerações apresentadas na subseção anterior, é de pensar sobre mecanismos que incrementem a legitimidade da atuação do sistema de justiça na atividade revisional de políticas públicas. A preocupação com a ampliação do diálogo processual esteve desde o início presente na discussão acerca dos chamados processos estruturais, vocacionados à implementação de reformas institucionais, como se dá no caso de alterações em políticas públicas. Owen Fiss, um dos precursores do estudo do tema, já destacava a necessidade de fomentar-se o litisconsórcio ativo entre os diferentes legitimados concorrentes disjuntivos para o processo coletivo, de forma a levarem-se em consideração e contemplarem-se mais adequadamente os diferentes aspectos, perspectivas e ponderações dos interesses impulsionadores da demanda. O autor já salientava também que o juiz deve garantir e fomentar a participação de representantes dos interesses a serem impactados no processo, seja nos polos da relação processual, seja como *amicus curiae* (FISS, 1979).

Nesse contexto, importa salientar que, nomeadamente em processos coletivos, é possível adotar mecanismos de ampliação do contraditório ou democratização da decisão por meio da participação dos grupos envolvidos, especialistas etc., com a realização de audiências públicas e a intervenção de *amici curiae*, o que auxilia também no fornecimento de respaldo técnico para a tomada de decisões complexas de forma bem embasada. A pertinência e relevância do *amicus curiae* no processo coletivo são assim salientadas por Cassio Scarpinella Bueno (2013, p. 122).¹³: “[o] contexto de análise dos institutos processuais no âmbito do ‘direito processual coletivo’ é mais adequado para o estudo do *amicus curiae*. Pelo menos para a construção da figura no direito brasileiro”

Quanto à audiência pública, afora seu estabelecimento para o processo administrativo

¹³ O novo CPC prevê, no art. 138, a possibilidade de participação de *amicus curiae* (“pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada”), “considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”.

federal (Lei 9.784/1999), para o controle concentrado de constitucionalidade (Lei 9.868/1999 e 9.882/1999) e como instrumento de atuação do Ministério Público (Lei 8.625/93), o CPC de 2015 cuidou de prevê-la para o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, § 1º), os recursos repetitivos (art. 1.038, II) e a alteração de súmula ou tese jurídica adotada em caso repetitivo (art. 927, § 2º).¹⁴ Muito embora ainda não haja previsão legal expressa e específica a respeito para o processo coletivo ou mesmo de forma ampla para qualquer processo, tudo recomenda a utilização da audiência pública em casos que requeiram a ampliação do contraditório e do acesso à justiça, seja em observância a esses princípios constitucionais, seja por aplicação analógica das reportadas previsões legais, seja também por tratar-se, pode-se dizer, de meio de prova atípico.

Ademais, para que se viabilizem a participação e a contribuição de colegitimados processuais, de especialistas na matéria debatida e das pessoas interessadas e potencialmente impactadas pela decisão a ser tomada quanto à política pública – seja diretamente, seja por meio da atuação de associações representativas de seus interesses –, é mister que se dê ampla publicidade ao caso a ser julgado. Para tanto, pode-se lançar mão das ferramentas oferecidas pela rede mundial de computadores – a cuja utilização amiúde remete o CPC de 2015 para comunicações e divulgações –, de jornais e outros meios idôneos.

Por outro lado, a argumentação minuciosa que deve suportar as conclusões alcançadas na decisão, abarcando, entre outras coisas, a complexidade dos valores envolvidos, os argumentos oferecidos pelos participantes do processo, as consequências materiais do julgamento, ou seja, a argumentação mais profunda e robusta exigível de decisão sobre políticas públicas, é na prática viável num número não muito grande de processos coletivos, cada qual sobre dada questão envolvendo política pública, a ser apreciada e decidida para todos os que se encontram na mesma situação.¹⁵ (Tais processos devem receber o tratamento prioritário requerido pela relevância social das questões a serem por meio deles resolvidas.)

É de ver, aliás, que essa fundamentação mais profunda e detalhada passou recentemente a ser exigida expressamente em lei para decisões em sede de revisão de políticas públicas. Com efeito, a LINDB, alterada pela Lei 13.655/2018, agora reclama expressamente “sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, estabelecendo que “[a] motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (art. 20). O art. 21, *caput*, reforça a exigência: “[a] decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas”. E o parágrafo único desse último artigo é ainda mais minucioso quanto aos aspectos a serem contemplados na fundamentação da decisão que controla a validade de atos do Poder Público:

14 O instituto encontra também regulamentação em regimentos internos de tribunais e no âmbito dos Ministérios Públicos e do Conselho Nacional do Ministério Público.

15 Quanto à ampla eficácia subjetiva e espacial da sentença coletiva, cf. o recente julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1101937, com repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu a inconstitucionalidade da restrição inserta no art. 16 da Lei 7.347/1985 (BRASIL, 2021). Cf. também a respeito: NASSAR; RIBAS, 2021.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

O também novo art. 22 da LINDB prevê, ainda, que, “[n]a interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”.

Portanto, conclui-se que, mormente no âmbito do sistema processual coletivo, é jurídica e faticamente viável a adoção de técnicas em benefício da ampliação do diálogo processual e do incremento do ônus argumentativo para a tomada de decisões de reconfiguração de políticas públicas com maior índice de legitimidade democrática.

CONCLUSÃO

Buscou-se inicialmente demonstrar a exigibilidade judicial dos direitos prestacionais, enquanto verdadeiros direitos subjetivos, virtualmente dotados de pretensão e ação de direito material. Apresentaram-se, ainda, razões para a menor efetividade desses direitos, em comparação com as liberdades negativas, relacionadas à existência ou não de condições institucionais, legais, materiais etc. para sua concretização.

Na sequência, expôs-se a possibilidade de a tutela jurisdicional de tais direitos realizar-se por intermédio de alteração da respectiva política pública. Nesse sentido, considerando-se as políticas públicas como meios de concretização de direitos prestacionais, demonstrou-se que sua revisão jurisdicional pode ser necessária e indispensável à adequada tutela desses direitos, ainda que se trate de atuação excepcional do sistema de justiça, com feições bem mais complexas que as dos casos ordinários. Com isso, explanou-se que a legitimidade do sistema de justiça para o controle de políticas públicas é conferida diretamente pela ordem constitucional e pela noção de democracia constitucional.

Por fim, tratou-se da carência de legitimidade democrática ligada ao sufrágio no controle jurisdicional de políticas públicas. Como forma de atenuação dessa carência, indicaram-se técnicas processuais de qualificação da atividade deliberativa do órgão jurisdicional, tanto mediante a ampliação do diálogo processual – por exemplo, com a realização de audiências públicas e a admissão de *amici curiae* –, quanto pelo recrudescimento do ônus argumentativo necessário ao amparo de decisões alteradoras de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos ministros no processo político. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155, jan./jun. 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. DJ: Brasília, DF, 4 mai. 2004, p. 12.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 1.101.937**. Constitucional e processo civil. Inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela Lei 9.494/1997. Ação civil pública. Impossibilidade de restrição dos efeitos da sentença aos limites da competência territorial do órgão prolator. Repercussão geral. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril de 2021. DJe: Brasília, DF, 14 jun. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo, Pólis, 2001. 60p. (Cadernos Pólis, 2).

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae* e evolução do direito processual civil brasileiro. *In*: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva**. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 105-129.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/364>. Acesso em: 13 ago. 2019.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional courts as deliberative institutions: towards an institutional theory of constitutional justice. *In*: SADURSKI, Wojciech (ed.). **Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective**. Amsterdã: Springer, 2003, p. 21-36.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional adjudication: lessons from Europe. **Texas Law Review**, Austin, v. 82, n. 87, p. 1671-1704, jun. 2004.

- FISS, Owen. The Supreme Court 1978 term – foreword: forms of justice. **Harvard Law Review**, Austin, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220/. Acesso em: 11 fev. 2020.
- FLETCHER, William A. The discretionary constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. **Yale law journal**, New Haven, v. 91, n. 4, p. 635-697, mar. 1982. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol91/iss4/1>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125-150.
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. El diálogo de la carta entre los tribunales y las legislaturas (o quizá la carta de derechos no sea algo tan malo después de todo). In: GARGARELLA, Roberto (org.) **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014. *E-book*.
- MENDES, Conrado Hubner. Projeto de uma corte deliberativa. In: VOJVODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; SOUZA, Rodrigo Pagani de. **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. Campinas: Bookseller, 1998-1999. t. I, VI e VII.
- NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. A velha questão do alcance espacial dos efeitos da sentença coletiva e sua iminente solução com repercussão geral pelo STF. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 29, n. 113, p. 241-261, jan./mar. 2021.
- RAMASCO, Thiago Werner; BLANCHET, Luiz Alberto. Políticas públicas: parâmetros objetivos para sua definição. **Revista Argumentum**, Marília, v. 18, n. 2, p. 347-361, mai.ago. 2017.
- RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.
- RIBEIRO, Maria de Fátima. Efetivação de políticas públicas: uma questão orçamentária. **Revista Argumentum**, Marília, n. 12, pp. 77-102, 2011.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário, controle jurisdicional e políticas públicas. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a, p. 305-312.
- SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013b, p. 1-32.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos sociais como direitos fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da constituição federal de 1988. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 29/4/2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 3, 2013, p. 557-584.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

Como citar: NASSAR, Marcos; RIBAS, Lídia Maria. Revisão judicial de políticas públicas e (i) legitimidade democrática: a contribuição de técnicas processuais deliberativas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 159-175, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p159. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2021-05-29

Aprovado em 2021-10-13

**A SUSTENTABILIDADE SOCIAL DAS PRÁTICAS
COMERCIAIS-LABORAIS DA INDÚSTRIA
TECNOLÓGICA DOS VIDEOGAMES A PARTIR DO
DIREITO BRASILEIRO**

THE SOCIAL SUSTAINABILITY OF THE
COMMERCIAL AND LABOR PRACTICES OF THE
TECHNOLOGICAL INDUSTRY OF VIDEO GAMES
FROM BRAZILIAN LAW

Felipe da Veiga Dias*
Luis Paulo Bressan Pasinato**

*Doutor em Direito pela
Universidade de Santa Cruz do
Sul Professor de mestrado no
Programa de Pós-Graduação em
Direito da Faculdade Meridional
E-mail: felipevdias@gmail.com

**Mestrando em Direito pela
Faculdade Meridional E-mail:
luispaulo1919@gmail.com

Como citar: DIAS, Felipe da Veiga; PASINATO, Luis Paulo Bressan. A sustentabilidade social das práticas comerciais-laborais da indústria tecnológica dos videogames a partir do direito brasileiro. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 25, n. 3, p. 176-191, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3p176. ISSN: 2178-8189.

Resumo: O presente artigo tratou de abordar a sustentabilidade social de práticas comerciais-laborais envolvidas na produção e distribuição de jogos eletrônicos e seus possíveis problemas de ordem jurídica. Adota-se como problema: existem possíveis problemas jurídicos decorrentes do *crunchtime*, das microtransações e práticas correlatas nos jogos de videogame? E quais são suas consequências? O objetivo da pesquisa foi apurar os problemas jurídicos gerados por práticas comuns da indústria de videogames, e se desdobrou em três itens, tratando de contextualizar, averiguar e problematizar as práticas. Como metodologia optou-se pelo método dedutivo, e técnica de pesquisa da documentação indireta, com ênfase bibliográfica, e como resultado apurou-se que existem problemas de ordem consumerista, ao mesmo tempo que se reforça esse problema a partir das práticas trabalhistas da indústria de jogos eletrônicos.

Palavras-chave: Microtransações. Crunchtime. Sustentabilidade social.

Abstract: This paper addresses the social sustainability of commercial-labor practices involved in the production and distribution of electronic games and their possible legal problems. The problem is: are there possible legal problems arising from crunchtime, microtransactions and related practices

in videogames? And what are their consequences? The objective of the research was to investigate the legal problems generated by common practices in the video game industry, and it was divided into three items, trying to contextualize, investigate, and problematize these practices. The deductive method was chosen as our methodology, and the research technique of indirect documentation, with bibliographic emphasis, and as a result it was found that there are problems in consumerism, while this problem is reinforced by labor practices of the video game industry.

Keywords: Microtransactions. Crunchtime. Social sustainability

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como temática a sustentabilidade social de práticas de comércio e trabalho envolvidas na produção e distribuição de jogos de videogame vistas e problematizadas a partir do Direito Brasileiro. Em específico a pesquisa tratará do “*crunch*” e das microtransações como práticas a serem observadas, averiguando se existem problemas de ordem jurídica envolvidos nelas. Desse modo será abordado em conexão com os primeiros a discussão das *lootboxes*, e o debate a respeito se constituem ou não forma de jogo de azar, visto que algumas autoridades internacionais já se posicionaram a respeito do tema.

Assim propõe-se a responder ao longo do artigo o seguinte problema: existem possíveis problemas jurídicos decorrentes do *crunchtime*, das microtransações e práticas correlatas nos jogos de videogame? E quais são suas consequências? Ainda, como objetivo geral se buscará apurar os aspectos jurídicos gerados por práticas comuns da indústria de videogames, mostrando seus resultados/efeitos, fazendo um questionamento acerca da (in)sustentabilidade social dessas atividades. Como objetivos específicos está a colocar em perspectiva as práticas utilizadas na criação e comercialização de jogos eletrônicos, averiguar se são práticas sustentáveis e, por fim, demonstrar quais são os problemas de ordem jurídica envolvidos em decorrência dessas.

A pesquisa se faz necessária pois a indústria dos jogos eletrônicos detém hoje significativa importância econômica global, sendo que práticas comuns feitas por ela não são suficientemente questionadas quanto sua adequação jurídica, sendo muito possível a violação de direitos e obrigações pelo fato de sua natureza pouco regulamentada e debatida no país. Ainda, há de se tocar na questão da sustentabilidade social da indústria em si, pois mostra-se cada vez mais importante esse tipo de debate quando percebe-se que determinadas atividades produzem grandes desigualdades, impossibilitando uma responsabilidade social frente as comunidades em que estão inseridas. O método a ser utilizado será o dedutivo, com técnica de pesquisa da documentação indireta, com ênfase bibliográfica, a fim de que se possa responder ao problema de pesquisa de forma satisfatória.

1 AS PRÁTICAS DA INDÚSTRIA DE JOGOS ELETRÔNICOS POSTAS EM PERSPECTIVA

O processo de fazer videogames mostra-se complexo, pois é um produto atípico que requer vários profissionais de diversas áreas e segmentos que perpassam a computação, com um objetivo final aparentemente simples: entreter o jogador. Tal tarefa não é tão fácil quanto parece, pois a evolução dos jogos nas últimas décadas foi gigantesca, e não se aceita qualquer produto, sendo que o processo de obter lucro com videogames depende de uma série de fatores, inclusive teoriza-se que todos os jogos eletrônicos são feitos sobre circunstâncias anômalas, pois estão na fronteira da arte e da tecnologia não havendo um padrão definitivo a ser seguido, pois cada jogo

é feito de uma forma diferente, desde a concepção até a entrega final (SCHREIER, 2017, p.10).

Não há surpresa em perceber que os sujeitos mergulhados nas atividades regulares projetem suas condutas como artísticas (autoimagem), porém não se pode ignorar que o foco está em produzir um escape ao tédio e a monotonia da vida (FERRELL, 2021, p. 42). Igualmente por mais que se queira vislumbrar cada jogo como uma obra particularizada, essa mesma peça encontra-se inserida em uma indústria cultural e, por conseguinte, nas dinâmicas de consumo em prol de um entretenimento reproduzido/repetido/padronizado (ADORNO; HORKHEIMER, 1995, p. 112).

Com base nessas considerações, se infere que desde o seu surgimento, os jogos mostraram-se pautados em prática mais do que teoria, o que não significa que a segunda não seja importante, mas ela é decorrente da observação de práticas exercidas ao longo do tempo, muitas delas inclusive, demasiado antigas. Relata Schreier (2017) algo muito comum nessa indústria: a frustração de expectativas, tanto por parte dos desenvolvedores quanto por parte dos jogadores, quando menciona uma conversa que teve com o desenvolvedor de um jogo, que foi surpreendido ao saber de que uma das principais mecânicas do jogo que desenvolvia era considerada aborrecedora pelos jogadores, o que levou a equipe inteira de desenvolvimento adotar uma prática chamada *crunch*, que é em suma uma modalidade de trabalho extra, onde comumente se labora mais de 80 horas por semana, as vezes chegando até 100 horas semanais (SCHREIER, 2017, p. 9).

Para demonstrar as razões que fazem dos jogos eletrônicos um produto complexo (mesmo que inserido em uma indústria cultural). Schreier pontua possíveis hipóteses que podem explicar essa complexidade, que são:

- A) Videogames são produtos interativos, de modo que devem interagir com o jogador, diferentemente de uma animação ou desenho animado, sendo que sua reação visual acontece via uma renderização a cada milissegundo onde, por exemplo, ao entrar em uma sala o jogo tem que criar os móveis previamente, ao salvar o progresso ele deve criar dados para reproduzir o atual estado de coisas na próxima sessão em que o jogador vier, e ainda deve em certos casos lembrar das ações dos jogadores e fazer cálculos complexos para decidir o que são ações possíveis ou não.
- B) A tecnologia está constantemente mudando, pois, os computadores estão em uma evolução até hoje sem faltas, o que implica que os jogos devem cada vez atender exigências maiores, como gráficos e conteúdo, o que ocorre devido à alta competitividade do setor.
- C) As ferramentas para criar um jogo são sempre distintas, pelo fato de que existem vários programas envolvidos no processo de criação e design, desde comuns como o Photoshop até outros softwares proprietários que variam de estúdio a estúdio, o que faz uma padronização das ferramentas algo impossível, e portanto, os desenvolvedores devem ser aptos a dominar diversas competências para poderem atender às demandas impostas e tirar as ideias do papel.
- D) O planejamento é impossível, devido a ser difícil saber quando algo está ou não está pronto, se é divertido ou não, ou até mesmo quanto tempo a diversão tem de durar, ocorre que os jogos são parecidos com a arte, e é difícil dizer quando o artista tem que parar ou quanto tempo a mais o artista precisa para fazer a melhor

obra possível.

E) Só se sabe o quão divertido é o jogo quando ele é terminado, sendo que muitos dos desenvolvedores experientes na indústria relatam que os jogos não saem como esperado, pois ao ver o produto final pode que algum elemento do jogo mostre-se frustrante, como o movimento do personagem ou até a história contada, sem contar dos *bugs*, que são características não-intencionais, ou falhas do produto, esses elementos geralmente não são vistos em uma microescala como um teste interno, mas ao serem dispostos ao público ficam evidentes (SCHREIER, 2017, p. 12).

Acerca do já mencionado *crunch*, menciona-se que os empregadores do ramo, em especial as grandes empresas da indústria costumam deixar claro aos empregados que devem estar prontos para serem submetidos a uma carga horária desumana, pois seria algo inerente ao processo de criar jogos. No entanto, alguns desenvolvedores garantem que o trabalho extra é resultado da má administração por parte desses empregadores e seus executivos, tais desenvolvedores classificam o *crunch* não somente como imoral, mas algo contraproducente, pois longas horas de trabalho não permitem um estado de mente capaz de inovar ou criar com cautela, o que se transforma rapidamente em desânimo (RUGGILL et al., 2017, p. 340).

Outro fator decisivo para moldar a indústria dos jogos é o modo que o mercado funciona, sendo que o processo de financiar o projeto que um dia poderá ser um jogo completo é algo difícil, especialmente para estúdios pequenos ou independentes, sendo três formas tradicionalmente usadas para cumprir com o suporte financeiro. A primeira delas é encontrar investidores, seguida por conseguir um contrato com uma publicadora de jogos e, finalmente, usar do próprio dinheiro. Costumeiramente negociar com investidores e publicadoras é algo desvantajoso, (em que pese seja necessário) para os desenvolvedores, pois acabam por ceder direitos comerciais e se submeterem a ficar com muito menos do bônus caso o jogo alcance sucesso, usualmente podendo as empresas financiadoras desistir do projeto a qualquer tempo, o que pressiona os estúdios a adotarem práticas laborais como o *crunch* e práticas comerciais como as microtransações (SCHREIER, 2017, p. 18).

Acerca das microtransações, que são uma prática comercial relacionada às empresas produtoras de jogos de videogame, podem ser definidas como: um pagamento feito por conteúdo adicional dentro de um jogo eletrônico ou aplicativo mobile, tanto a oferecer uma vantagem ou um aspecto visual distinto, como um aumento dimensional dentro do mesmo. Em poucas palavras, as microtransações são vendas pós-compra do produto principal, que no caso é o jogo eletrônico, assim, pretende-se com elas buscar lucro e recursos adicionais para manter um bom ciclo de vida para o produto, visto que o mercado está saturado com a produção incansável de novos e melhores jogos diariamente. Microtransações são o modo que se custeiam jogos conhecidos por serem de download gratuito, isto é, não é obrigatório comprar o jogo, nem mesmo fazer uma única microtransação, no entanto, as vantagens oferecidas podem fazer impossível de se aproveitar o produto em sua totalidade sem o pagamento, caso dos jogos *freemium* ou *pay-to-win*¹ (TOMIC, 2019, p. 18).

1 Do inglês, pague para ganhar. Tradução do autor.

Microtransações tem esse nome pois originalmente eram pagamentos de baixo valor, o que mudou drasticamente ao decorrer do tempo. Embora a maior parte de aplicativos mobile entrem como pagamentos de baixo custo, de poucos reais ou dólares, algumas microtransações excedem as centenas de dólares, sendo hoje o conceito aplicado conforme ao propósito da compra, e não do valor em si (TOMIC, 2019, p. 18).

Tal modelo de negócio é implantado de formas variadas, nos aplicativos mobile por exemplo, se cobra uma microtransação em certos programas para remover anúncios, disponibilizando uma versão básica para uso, ou um teste grátis conhecido por *free-trial*, onde se busca fidelizar e convencer o usuário a obter o aplicativo após os dias da licença expirarem. Com jogos eletrônicos não poderia ser diferente, onde microtransações hoje desempenham papel muito importante para o custeio desses, muitas vezes custeando a totalidade do jogo como nos casos do já mencionado *free-to-play*. Porém até mesmo jogos pagos podem instituir microtransações, sendo as mais comuns expansões, que são horas de conteúdo adicional para o jogo, muitas vezes agregando na história principal dos jogos que comportam, *skins* que são cosméticos (mudam a aparência de algo) e serviços, como análise de dados por exemplo. Outras coisas que podem ser vendidas são vantagens e passes de acesso ou de conteúdo (onde por vezes se institui um bônus pelo progresso do jogador, para instigá-lo a jogar) e por fim, as *lootboxes*, que são uma espécie de pacote onde comumente se obtém *skins* ou vantagens (TOMIC, 2019, p. 19).

Já não bastasse a polêmica por trás das microtransações, que são feitas de modo a contrair renda ao custo dos jogadores, muitas vezes sendo quase impossível poder aproveitar o produto sem elas, visto os casos de jogos incompletos que acabam sendo vendidos em partes e com expansões que na verdade são cortes do que seria o produto total, ainda assim há nas *lootboxes* algo a mais em questão de problemática. *Lootboxes* são comumente definidas como um pacote de recompensas de ordem aleatória, que alteram o jogo de alguma maneira, podendo ser uma *skin* alterando um elemento meramente visual do jogo, ou uma melhoria de performance, como uma arma mais poderosa do que as disponíveis gratuitamente. Sendo assim, os conteúdos desses pacotes podem variar em raridade, onde alguns itens são comuns, pois são frequentemente retirados e outros extremamente escassos, fazendo deles algo muito cobiçado pelo jogador, pois podem valer na faixa de milhares de dólares (DRUMMOND; SAUER, 2018, p. 1).

Quanto as razões por trás da compra de *lootboxes* estão a manutenção de competitividade dentro do jogo, onde por exemplo, um jogador deseja obter itens para poder jogar com alguma chance de vitória, ou até mesmo como investimento, onde o jogador pensa conseguir determinado item para revendê-lo por maior valor em uma data futura, de qualquer maneira, há algo muito complexo com essas caixas, que segundo estudos sugerem estão ligados psicologicamente como uma espécie de jogo de azar ou *gambling* pois a aleatoriedade contida na operação das mesmas impulsiona o consumo obsessivo, especialmente pela chance de lucrar com elas (em que pese seja muito pouca) ou de obter algo cobiçado que não é vendido diretamente (DRUMMOND; SAUER, 2018, p. 1).

Para considerar algo como jogo de azar, existem, pelo menos, cinco características que

podem ajudar a identificar algo como tal, sendo elas: I – Câmbio por dinheiro ou bens de valor; II – Um evento futuro determina a troca; III – Existe aleatoriedade pelo menos parcial para definir o resultado; IV – Não participar pode ajudar a evitar perdas; V – Ganhadores se dão ao custo de perdedores (DRUMMOND; SAUER, 2018, p. 2).

No estudo de Drummond e Sauer (2018) dez de vinte e dois jogos analisados se encaixavam perfeitamente nos critérios elencados acima, o que totaliza cerca de 45,45% com fortes indícios de similitude com jogos de azar e, ainda, menciona-se uma sexta característica que alguns jogos têm que torna ainda mais parecidos com estes, o conhecido *cash-out* que é a possibilidade de trocar ou vender a recompensa obtida por dinheiro real. Não existe um padrão na implementação de *lootboxes*, sendo que cada jogo faz de um modo distinto, por exemplo, alguns dão a caixa gratuitamente mas para abrir deve-se fazer uma microtransação, as vezes permite-se ganhar itens repetidos sendo muito incerto que o comprador ganhará algo que deseja, alguns garantem o item mais raro após X número de caixas abertas, mas, de qualquer modo, pode-se afirmar claramente que as *lootboxes* não dão prejuízo para quem as vende, e que muito do público-alvo delas são jovens, de faixa etária muito variada, podendo incluir crianças (DRUMMOND; SAUER, 2018, p. 2).

2 A SUSTENTABILIDADE SOCIAL DAS PRÁTICAS DA INDÚSTRIA DE JOGOS ELETRÔNICOS

Como já mencionado, o *crunchtime* prática laboral executada pela indústria dos jogos, é algo que inerentemente gera críticas, por diversas razões, mas é algo a se mencionar as razões por trás dessa prática, que é o modo de produção baseado em economia desregulada. A economia de mercado toma os jogos de forma muito visível, principalmente quando o assunto é obter lucro, e a remuneração dos funcionários raramente é paga em dinheiro, mas em dividendos de lucro ou ações, ou até mesmo em férias após o final do projeto, no entanto, a prática gera insalubridade pois os regimes absurdos de trabalho acabam por tomar significativamente a saúde mental dos desenvolvedores, que vivem uma dependência com as publicadoras de seus jogos, sendo fato que a menor parte dos lucros vão para quem produz o jogo e a maior fatia acaba com executivos e empresas grandes do setor (DYER-WITHEFORD; PEUTER, 2006, p. 609).

Com base nisso se indaga, os parâmetros estabelecidos a esses trabalhadores e mesmo aos consumidores está adequadamente orientado pelos parâmetros da sustentabilidade? Essa reflexão tem o direcionamento da dimensão social e jurídica da ideia de sustentabilidade, a fim de com isso provocar um aproveitamento mais objetivo no tocante ao problema de pesquisa.

Em tom contextual é salutar expor as palavras de Boff, acerca da insustentabilidade que regem as relações humanas na contemporaneidade:

Nossa cosmologia atual é a da conquista, da dominação e da exploração do

mundo em vista do progresso e do crescimento ilimitado. Caracteriza-se por ser antropocêntrica, mecanicista, determinística, atomística e reducionista. Por força dessa cosmovisão chegou-se ao fato de que 20% da população mundial controlam e consomem 80% de todos os recursos naturais, criando um fosso entre ricos e pobres, como jamais houve na história. Metade das grandes florestas foi destruída, 65% das terras agricultáveis foram perdidas, entre 70 e 100 mil espécies de seres vivos desaparecem anualmente e mais de mil agentes químicos sintéticos – a maioria tóxicos – são lançados no solo, no ar e nas águas (BOFF, 2016, p. 17-18).

Tal estado das relações sociais já indica ao menos rupturas e conflitos a serem pressupostos nas relações de trabalho e consumo alvo da pesquisa, ao mesmo tempo em que se percebe o caráter multidimensional das lentes da sustentabilidade (FREITAS, 2019, p. 64) que ora se propõem, a fim de compreender nuances de ordem jurídica, econômica e social, embora esta última receba maior atenção.

Cabe dizer que sustentabilidade social, por sua vez, pressupõe uma renovação da relação do ser humano com o mundo, realocando recursos onde fiquem estrategicamente mais bem posicionados a longo prazo, tendo em vista a escassez destes e a insuficiência do mundo em gerar mais recursos para manter o crescimento econômico nos moldes que fora planejado pelos setores financeiros, fazendo assim uma correção de injustiças sociais postas ao longo da história humana (MORAIS; IVANOFF, 2016, p. 53). Se ressalta o caráter não fechado de um conceito de sustentabilidade social, pois há a constante necessidade de readequar o que ela significa, sendo assim, deve-se prezar não por conceitos abstratos como o de desenvolvimento sustentável, mas por ações conjuntas que garantam tanto na macroescala quanto na microescala uma boa vivência social, que confira dignidade a todos os participantes da sociedade (DIAS; AQUINO, 2019 p. 5).

Posto isso, a reflexão utiliza pressupostos da sustentabilidade, nas dimensões econômica, social e jurídica, apartando-se com isso das críticas contidas na concepção de desenvolvimento sustentável, que segundo autores seria uma cortina de fumaça para manutenção dos padrões capitalistas de exploração em curso no planeta (MCKENZIE, 2004, p. 2). De forma lógica que afastar-se dessa última perspectiva inclui não compactuar com a forma de tratamento de trabalhadores, consumidores e porque não dizer a insatisfação com os modelos econômicos centrados unicamente na concorrência e na economização da vida (BROWN, 2018, p. 5).

Sendo assim, o modelo atualmente utilizado pela indústria de jogos é o de produtividade baseado em economia desregulamentada, algo muito adaptado às propostas neoliberais, amparadas na rivalidade e concorrência extremadas onde a economia de mercado deve prevalecer a qualquer custo, sendo o Estado deslegitimado para agir em face de abusos de poder por parte do setor empresarial privado. A lógica desse pensamento está arraigada em uma premissa de que a intervenção estatal gera perturbações no mercado, que por sua vez cria a justificativa de cada vez mais interferir nesse setor, o que culmina com um Estado Totalitário (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 138).

Importante dizer que quando se adota o termo neoliberalismo se faz consciente do seu

caráter polissêmico (BELL, 2011, p. 139), e ao mesmo tempo se adere aqui ao entendimento de que não se está a tratar de uma mera fase do capitalismo. Em síntese, adota-se a concepção de que seria o neoliberalismo atualmente um *ethos* próprio ou um fato social (DARDOT; LAVAL; BERENGUER, 2018, p. 26), tendo em vista a sua transformação nos modos de vida em sociedade.

Destarte a prática de mercado desregulamentado mostra-se incompatível com certos aspectos como a sustentabilidade social, visto que não se pode falar nela enquanto se exercem práticas que aumentam a desigualdade social e se eximem de responsabilização em face da sociedade. No mundo dos jogos eletrônicos isso é visível em várias de suas práticas, seja no *crunch* ou *overtime* onde raramente são pagas as horas de trabalho com dinheiro, seja nas microtransações que geram vício de gastos com jogadores de idade tenra, fato é, que não há muita preocupação por parte da indústria com aspectos sociais, pois ela é movida unicamente pelo lucro, chegando a estimados 10.5 bilhões de dólares de receita apenas em 2005, compondo então uma parte significativa da economia norte-americana (CRANDALL; SIDAK, 2006, p. 1).

Apenas a título de registro, o impacto da indústria de games na econômica global é ainda mais alto, basta para tanto observar os dados relativos aos anos recentes, como por exemplo, 2019, em que somente essa parcela do mercado movimentou cerca de cento e vinte bilhões de dólares (PEREIRA, 2020).

A importância econômica dessa fatia do mercado explica o porquê da naturalização das práticas abusivas a consumidores e trabalhadores. Nas dinâmicas impostas pelo *ethos* neoliberal o *crunch* é a obviedade do desejo capitalista, ou seja, a formação de um trabalhador adaptado ao modelo 24/7, onde o indivíduo trabalha sem descanso. “Em relação ao trabalho, torna plausível, até normal, a ideia do trabalho sem pausa, sem limites” (CRARY, 2016, p. 19).

Embora Crary diga que “o sono é a única barreira que resta, a única ‘condição natural’ que subsiste e que o capitalismo não consegue eliminar” (CRARY, 2016, p. 84), isso não impede que na atualidade se tente reduzi-lo ao máximo. Essa afirmativa demonstra a insustentabilidade social disposta pela indústria de jogos, que tenta manter consumidores atrelados o tempo todo com pequenas transações e os seus trabalhadores continuamente excedendo as horas regulares de suas atividades.

Reforça-se assim que os primados neoliberais que conduzem a indústria estão em franco conflito com a sustentabilidade em suas diversas dimensões, porém ainda merece maior atenção a observação dos aspectos jurídicos atingidos pelas práticas predatórias impostas por essa camada tão significativa do mercado tecnológico.

3 OS POSSÍVEIS PROBLEMAS JURÍDICOS GERADOS NO CONTEXTO DOS JOGOS ELETRÔNICOS

Uma primeira ressalva que se faz quanto a possíveis consequências jurídicas dentro do contexto dos jogos de videogame está nas *lootboxes*, essas caixas de itens aleatórios levantou o

tema acerca do que é ou não jogo de azar e com que idade ou não se pode participar de tais jogos. Em alguns países pioneiros em regulamentar as microtransações, foi declarado que as *lootboxes* são uma forma de jogo de azar e, portanto, deveriam ser banidas do mercado de jogos eletrônicos para que não haja incidência da lei criminal, tal como aconteceu na Bélgica. O tema registra-se complexo, pois as microtransações hoje são vistas pela indústria como uma das únicas formas de manter um produto rentável por mais tempo, ao mesmo passo que há uma clara forma de gasto obsessivo por parte de alguns consumidores que realizam microtransações (GERKEN, 2018, p. 1).

No Brasil, há uma clara falta de regulamentação a respeito do tema, pois os jogadores brasileiros têm acesso amplo e irrestrito a qualquer forma de *lootbox*, em qualquer jogo e a qualquer tempo. Acredita-se que deve haver em algum tempo um posicionamento por parte do Legislativo para definir se a prática é ou não é legal no país, mas pode-se apurar desde já que tal prática viola alguns dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal, principalmente aqueles que tangem a informação do consumidor por parte do fornecedor, definido por Nunes (2015) em três espécies: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

Para estabelecer a diferença entre essas três espécies vale indicar que o direito de informar é uma prerrogativa constitucional, que advém do *caput* do artigo 220 cominado com o inciso IX do artigo 5º, sendo em suma uma faculdade de que as pessoas jurídicas e físicas podem informar umas às outras, tanto no aspecto científico, quanto no artístico e comunicativo, todavia há limites para essa liberdade, que são os direitos da personalidade. Nesse contexto as empresas podem informar o consumidor acerca de um produto, e porque esse produto é melhor ou pior para as necessidades dele em comparação com um de empresa concorrente, por exemplo. No entanto deve-se proceder de forma leal e passar a informação sem omissão ou ilusão, devendo ela ser clara, verídica e certa (NUNES, 2015, p. 114).

Já o direito a se informar é algo concedido as pessoas, sendo um direito subjetivo, o que lhe confere a possibilidade de ser exigido de alguém, ou seja, o direito de um é a obrigação de outro, caso que o detentor dessa informação se vê obrigado a prestá-la, claro, havendo exceções, como o sigilo profissional. Mas é no direito a ser informado que reside a problemática do tema exposto, pois há uma obrigação por parte do fornecedor em prestar as informações, visto que ele é o monopolista da informação, sabendo mais que qualquer um a respeito de seu produto, devendo ele nunca ser desleal, nem por omissão nem por afirmação, sendo essa vedação dada a manipulação de qualquer elemento que possa confundir o consumidor.

Com base nisso referenda Miragem ao dizer que há um dever do fornecedor em “esclarecer, assim considerado para contemplar que a informação divulgada pelo fornecedor, e que tenha por destinatário o consumidor, deve se fazer compreensível, de modo que seja percebida e de fato auxilie no processo de escolha do consumidor” (MIRAGEM, 2013, p. 236).

Nas *lootboxes* como tradicionalmente se vendem, há uma clara imprecisão de informação, pois não há como saber o que será ganho com elas, ou se haverá prejuízo em comprá-las, nem mesmo sabendo as chances de ganhar entre um item e outro, ou quantas delas são necessárias para

matematicamente obter determinado resultado, assim sendo, há uma violação no dever de informar. Ainda, não há possibilidade de arrependimento, algo que não é adequado, pois bens digitais como itens de jogos eletrônicos podem não serem de fato usados e desse modo, não perecem (diferente de gêneros alimentícios ou medicamentos, os quais tiveram flexibilizações durante o período de pandemia da Covid-19, por exemplo), logo deveriam estar contemplados à regra do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (BAPTISTA, 2020, p. 55679).

O que se pode verificar, é que muitas das microtransações efetuadas diariamente têm um modelo global, e não estão aptas as nuances de cada país, o que as tornam produtos problemáticos por natureza, especialmente no Brasil, que buscou uma legislação que harmonizasse interesses do mercado com interesses do consumidor, reconhecendo a fraqueza dele diante de grandes negócios, essa sendo caracterizada por ser concreta, real, fática, e não presumida. A vulnerabilidade do consumidor² nasce de um aspecto técnico e outro econômico, o primeiro se dá principalmente pelo fato de que o produtor da mercadoria é que escolhe o que será produzido e ofertado, já o econômico nasce da disparidade entre os bens de um consumidor mediano com o fornecedor de produtos. O que é importante frisar, é o fato de que microtransações podem ser feitas por qualquer um, inclusive crianças, que são hipervulneráveis nos termos da lei e, portanto, não deveriam estar expostas a essas práticas de comércio, que são naturalmente predatórias (NUNES, 2015, p. 203).

Pode-se, dessa forma verificar uma violação a um pressuposto de vulnerabilidade do consumidor, ao mesmo tempo que há uma falta de transparência para com ele, essa é uma violação clara a dois outros princípios, o da transparência e o da boa-fé objetiva. Quanto a uma questão de ser transparente, as microtransações em forma de pacote ou *lootbox* nunca dirão ao consumidor o que ele ganhará com elas, sendo que na maior parte das vezes o que ele de fato obtém lhe causa um prejuízo, pois adquire um bem por um preço maior do que o de mercado, e ao fazer o *cash-out*, trocar o bem por dinheiro, é o momento em que se dá conta disso, e percebe que não poderá se desfazer do negócio. Sabe-se que transparência é poder conhecer previamente o produto, em todas suas características e nuances, bem como os termos do contrato, o que nem sempre fica claro aos compradores, em especial aos hipervulneráveis (NUNES, 2015, p. 201).

Nesse sentido, Mendonça, Kozicki e Coelho (2014, p. 136-137) sintetizam o contexto de vulnerabilidade a que se encontra exposto o consumidor ante as novas tecnologias e que se verifica na apreciação realizada do mercado de jogos eletrônicos.

O consumidor é vulnerável, não há dúvida. Em uma sociedade hipermoderna, dominada por meios de comunicação cada vez mais efetivos, instantâneos, a tecnologia evolui com grande rapidez em curto espaço de tempo, sendo difícil acompanhar suas inovações, o que tem levado ao surgimento de distúrbios de

2 Importante registrar a concepção jurídica do princípio da vulnerabilidade nas explanações seguintes de Mendonça, Kozicki e Coelho (2014, p. 141-142): “O princípio da vulnerabilidade é um elemento chave para se compreender a posição do consumidor no mercado de consumo, pois significa que este é o mais débil, a parte mais frágil, o alvo para o qual são direcionados todos os mecanismos de convencimento e de manipulação postos à disposição do fornecedor no intuito de vender e impor os seus produtos e serviços. A vulnerabilidade é um conceito de direito material, sendo uma qualidade intrínseca, imanente a todos que se encontram na posição de consumidor, não importando sua condição social, cultural ou econômica, logo, a imediata aplicação do CDC é forma de minorar esta desigualdade existente”.

saúde específicos e próprios desse período, a exemplo da síndrome da dependência tecnológica. Nesse sentido, a posição do consumidor é cada vez mais ameaçada, pois pouco conhecendo o produto que consome, o serviço que utiliza, e, menos ainda, a lógica envolvida nas relações de consumo, figura na maioria das vezes como um mero aderente da vontade do fabricante e dos fornecedores, que oferecem e ditam as opções de consumo disponíveis.

A boa fé, outro princípio mencionado, pretende estabelecer boas práticas de mercado, sendo ela objetiva, ou seja, um padrão de comportamento que independe de intenção; por isso é algo que deve estar sempre sendo obedecido e visto ao realizar um negócio. Quando se trata de algumas práticas como as microtransações e até mesmo alguns casos de *crowdfunding*³ percebe-se que, quanto as primeiras, funcionam de forma que sempre gerem prejuízo ao consumidor, operando como uma loteria onde os prêmios não se acumulam, sendo que os poucos que ganharão vão estar retirando uma fatia ínfima daqueles que perderam. Já o *crowdfunding* que apesar de ser uma prática melhor para os consumidores quanto para os desenvolvedores, tem um risco inerente de fraude, pois, não há garantias que o dinheiro será usado de forma eficiente e leal aos propósitos do projeto que se propôs na internet, caso por exemplo, do jogo *Chronicles of Elyria* que após arrecadar cerca de oito milhões de dólares e depois de um ciclo de quatro anos de desenvolvimento, decidiu fechar as portas, sem ressarcir os financiadores (FORD, 2020, p. 1).

Já a prática laboral do *crunch* traz consigo uma gama de problemas óbvios de ordem trabalhista, que é: quanto tempo pode alguém laborar ininterruptamente sem violar a lei de trabalho de determinado país? Ou, é possível trabalhar uma jornada muito mais extensa do que a normal a fim de completar um projeto? Quem pode ser submetido a tais jornadas? Em poucos termos, não existem respostas fechadas para isso, pois geralmente o *crunch* se instituem em países onde a lei trabalhista é mais flexível, ou até mesmo se fazendo de forma secreta e sigilosa, mesmo que viole a lei. Agora, quanto ao Brasil, pode ocorrer o *crunch* diga-se em estúdios de jogos brasileiros? Pode-se dizer que na forma que está sendo praticado, não é possível haver *crunchtime* tal como ocorre em outros países, pois a lei trabalhista brasileira é clara quanto as horas extras, que não devem exceder duas ao dia, sendo o teto global do trabalho dez horas devido à inteligência do artigo 58 cominado com o 59 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

De modo geral afirma-se que o *crunch* é uma prática moralmente reprovável, e legalmente descabida em países como o Brasil, e muito embora parte dos envolvidos já tenha naturalizado esse processo insustentável, há que se ressaltar a ilusão criada de que a aderência ao *crunch* seria um exercício da liberdade do agente envolvido, quando em realidade se trata de um autoviolência típica do *ethos* neoliberal e seu excesso de positividade (HAN, 2017, p. 81). Quanto as microtransações seria recomendável que se criasse legislação para o resguardo de direitos do consumidor, bem como se adaptasse à legislação vigente para a realidade de bens imateriais, visto que a letra da lei não contempla muitas controvérsias em torno da temática.

Um exemplo, acerca da dimensão de danos que podem ser produzidos são os conhecidos

3 Uma forma de financiamento coletivo tipicamente utilizada por iniciativas menores de desenvolvedores.

como consumidores “baleias”, que são aqueles que representam muito pouco da base de jogadores mas ao mesmo tempo são os que mais gastam em jogos *online*, muitos deles com problemas sérios de controle, impulsionados inteiramente pelo consumo como uma forma de obter prazer, sendo os maiores responsáveis por manter as empresas lucrando com microtransações, ao mesmo tempo que muitos dos itens feitos pelos desenvolvedores e postos no mercado como microtransação são destinados para esse nicho de consumidor, que segundo estudos fazem uma média de 7.4 transações ao mês com gastos médios de 335 dólares (TOMIC, 2019, p. 21).

Por fim, observa-se uma relação direta entre os trabalhos extras realizados pelos desenvolvedores com a criação de microtransações. Visto que os gastos em desenvolver jogos só aumentaram desde o início da indústria, e que cada vez mais busca-se o lucro, alerta-se para um ciclo de exploração humana por parte das grandes empresas do setor que contratam designers e programadores para que trabalhem incansavelmente na criação de bens imateriais que futuramente serão vendidos em forma de microtransação para consumidores ao redor do mundo. Muito desse consumo é mascarado, seja por criação de moedas virtuais que fazem a intermediação entre dinheiro real e objeto comprado, o que retira do consumidor uma percepção precisa do quanto está gastando, quanto ao débito automático, que permite que crianças tenham acesso a bens sem que os pais interfiram na relação de consumo (TOMIC, 2019, p. 22).

Dito isso, por mais que se tenha evidenciado violações jurídicas nas práticas laborais ou comerciais realizadas pela indústria de jogos, não se pode perder de vista que as precarizações dessas relações humanas em sociedade demonstram somente os sintomas de um modelo social insustentável. Assim, caso tais rumos sejam mantidos permanecerá a naturalização das violações e violências a fim de incrementar os primados neoliberais da concorrência, lucratividade e porque não dizer da mercantilização de toda forma de vida existente no planeta.

CONCLUSÃO

A primeira parte deste estudo buscou demonstrar de forma simples algumas práticas utilizadas pela indústria dos jogos eletrônicos, abordando seu funcionamento. Dessas práticas foram destacadas duas, uma sendo as microtransações e a outra o trabalho extra, conhecido vulgarmente como *crunchtime*, o qual pode extrapolar o limite de 100 horas semanais, como fora pontuado. Nesse mesmo olhar, as microtransações se apresentam de diversos modos diferentes, um deles, mais debatido pelo artigo, que são as caixas de recompensas ou *lootboxes*, onde buscou-se trazer a discussão se elas configuram ou não uma espécie de jogo de azar, visto que foram apontadas como um incentivo a apostar dinheiro real, e ao mesmo tempo, como uma prática que em como público-alvo pessoas jovens, incluso crianças.

No segundo item, o tema concentrou-se na insustentabilidade da indústria, seus impactos sociais a partir da imposição de modelos e exigências incompatíveis com os limites humano-sociais. Como resultados dessa seção pode-se vislumbrar que a concentração de poder e riquezas

em poucas empresas leva a um caminho prejudicial para os consumidores e para a indústria em si, e alerta-se que muito disso é em decorrência de um padrão de mercado pouco regulamentado defendido classicamente por empresas do setor, as quais estão devidamente alinhadas ao *ethos* neoliberal que naturaliza ações exploratórias de trabalhadores e consumidores.

A última etapa foi dedicada aos possíveis problemas jurídicos que são gerados no Brasil por meio das práticas abordadas no primeiro ponto. Para tanto, foi abordado a lei consumerista e trabalhista, discutindo a viabilidade das abordagens comerciais e laborais da indústria de jogos. Demonstrou-se que não pode haver *crunchtime* no país, visto que é expressamente vedado pela lei em vigor, sendo assim um problema menor que as microtransações, que apesar de violarem alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor ainda são praticadas de forma irrestrita por brasileiros, com empresas que operam sabidamente dentro do mercado nacional, sem que haja regulamentação mais específica ao tema.

Quanto a indagação da pesquisa, existem possíveis problemas jurídicos decorrentes do *crunchtime*, das microtransações e práticas correlatas nos jogos de videogame? E quais são suas consequências? A resposta que foi dada ao decorrer do artigo foi que existem sim problemas quanto ambas as práticas, tanto pelo fato de uma constituir uma lesão expressa aos direitos do consumidor quanto a outra ser não admitida em boa parte das legislações, onde ambas interagem entre si, criando vínculos de exploração de consumidores e trabalhadores, sendo um modelo insustentável que idealmente não deveria ser seguido, carecendo de uma abordagem mais completa por parte dos legisladores.

Dito isso, existem inúmeras consequências geradas por tais práticas, sendo aquelas atinentes ao plano jurídico bastante claras, porém não se pode olvidar que existem impactos éticos e sociais, os quais compõem também a precarização das condições de vida humana e, por conseguinte, atingem o ideal da sustentabilidade de uma sociedade democrática como a brasileira.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **A dialética do esclarecimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

BAPTISTA, Mônica de Almeida. A suspensão do direito de arrependimento pelo regime jurídico emergencial da pandemia COVID-19: uma análise da vulnerabilidade do consumidor diante das novas relações digitais e da função social da empresa. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v. 6, n. 8, p. 55673-55691, ago. 2020.

BELL, Emma. **Criminal justice and neoliberalism**. Hampshire/New York: Palgrave Macmillan, 2011.

BOFF, Leonardo. **A terra na palma da mão: uma nova visão do planeta e da humanidade**. Petrópolis: Vozes, 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Lex**: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v. 7, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BROWN, Wendy. **Cidadania sacrificial**: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Rio de Janeiro: Zazie, 2018.

CRANDALL, Robert W.; SIDAK, J. Gregory. **Video Games**: serious business for america's Economy. 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=969728. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.

CRARY, Jonathan. **24/7**: capitalismo tardio e os fins do sono. São Paulo: Ubu, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian; BERENGUER, Enric. **El ser neoliberal**. Barcelona: Gedisa, 2018.

DIAS, Felipe da Veiga; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Sustentabilidade social: reflexões em busca de uma sociedade mais justa. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 23, n. 50, p. 1-20, jan./abr. 2019.

DRUMMOND, Aaron; SAUER, James D. Video game loot boxes are psychologically akin to gambling. **Nature Human Behaviour**, London, v. 2, n. 8, p. 530-532, jun. 2018.

DYER-WITHEFORD, Nick; PEUTER, Greig de. "EA Spouse" and the crisis of video game labour: enjoyment, exclusion, exploitation, exodus. **Canadian Journal of Communication**, Toronto, v. 31, p. 519, 617, 2006. Disponível em: https://scholars.wlu.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1015&context=coms_faculty. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.

FERRELL, Jeff. Tédio, crime e criminalidade. In: ROCHA, Álvaro Oxley. et al. **Explorando a criminologia cultural**. 2 ed. Belo Horizonte: Letramento, 2021. p. 38 – 55

FORD, Suzie. **Chronicles of elyria ends development after 4 years & \$8m in crowdfunding**. 2020. Disponível em: <https://www.gamespace.com/all-articles/news/chronicles-of-elyria-ends-development-after-4-years-8m-in-crowdfunding/>. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GERKEN, Tom. Video game loot boxes declared illegal under Belgium gambling laws. **BBC NEWS**, 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-43906306>. Acesso em: 11 de janeiro de 2021.

HAN, Byung-Chul. **Topologia da violência**. Petrópolis: Vozes, 2017.

MCKENZIE, Stephen. **Social sustainability**: towards some definitions. Magill: Hawke Research

Institute, 2004. (Working Paper Series, n. 27).

MENDONÇA, Gilson Martins; COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O princípio da vulnerabilidade e as técnicas de neuromarketing: aprofundando o consumo como vontade irrefletida. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 1, p. 135-152, jan./jun. 2014.

MIRAGEM, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, n. 74, p. 229-244, 2013.

MORAIS, Fausto Santos de; IVANOFF, Felipe. A sustentabilidade como princípio jurídico no direito brasileiro. **Revista Direito & Paz**, São Paulo, v. 2, n. 35, p. 50-66, 2º semestre 2016.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEREIRA, André Luiz. Indústria de games movimentou mais de US\$ 120 bilhões em 2019. **TECMUNDO**, 3 jan. 2020. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/cultura-geek/148956-industria-games-movimentou-us-120-bilhoes-2019.htm>. Acesso em: 19 de janeiro de 2021.

RUGGILL, Judd Ethan et al. **Inside the video game industry**: game developers talk about the business of play. Nova Iorque: Routledge, 2017.

SCHREIER, Jason. **Blood, Sweat, and Pixels**: the triumphant, turbulent stories behind how video games are made. New York: Harper Paperbacks, 2017.

TOMIC, Nenad Zoran. Economic model of microtransactions in video games. **Journal of Economic Science Research**, Singapore, v. 1, n. 1, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/233120305.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

Como citar: DIAS, Felipe da Veiga; PASINATO, Luis Paulo Bressan. A sustentabilidade social das práticas comerciais-laborais da indústria tecnológica dos videogames a partir do direito brasileiro. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 176-191, nov. 2021. DOI: 10.5433/21788189.2021v25n3pX. ISSN: 2178-8189.

Recebido em 2021-06-28

Aprovado em 2021-10-13

RESENHAS|REVIEWS

SIMÕES, Fabiana Coelho. **Instrumentos de controle social da corrupção**: análise da legislação e das propostas de medidas anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 156 p.

COMPREENDER OS MECANISMOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

Adriano da Silva Ribeiro¹

Como citar: RIBEIRO, Adriano da Silva. Compreender os mecanismos de combate à corrupção. Em: SIMÕES, Fabiana Coelho. **Instrumentos de controle social da corrupção**: análise da legislação e das propostas de medidas anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 156 p. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 192-194, nov. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n3p192. ISSN: 2178-8189.

A obra é de significativo valor para o Direito Público, Ciência Política, Gestão e Administração Pública, vez que apresenta estudo a respeito do fenômeno da corrupção no Brasil. O título do livro de Fabiana Coelho Simões é “Instrumentos de controle social da corrupção: análise da legislação e das propostas de medidas anticorrupção”, lançado em 2019, pela Lumen Juris, e estrutura-se em prefácio e cinco capítulos.

A proposta da Professora Fabiana Coelho Simões na dissertação de mestrado defendida no curso de Mestrado Acadêmico junto ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade FUMEC, sob a orientação da Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias, é justamente compreender os mecanismos de combate à corrupção na legislação brasileira e investigar o papel do controle social da Administração Pública nessa seara.

Em curto prefácio, a Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias apresenta a obra e evidencia que “o problema que foi levantado pelo trabalho é sofisticado, pois não se contenta com a mera descrição dos instrumentos jurídicos (atuais e potenciais) de combate à corrupção, mas intenta saber o papel que é dado ao controle social, tanto na legislação existente quanto nas propostas mais recentes de enfrentamento do problema”.

Inicia a Professora Fabiana Coelho Simões seu trabalho com a análise dos meios de controle tradicionais e os desdobramentos de sua aplicação, enfatizando os resultados e falhas de sua adoção. Destaca que os controles interno e externo, bem assim o controle judicial, o controle legislativo e o controle social, existentes atualmente, mas, não inibem a “*recorrência da prática de crimes contra a Administração Pública, o que compromete a eficiência do serviço público e o atendimento do interesse comum*”.

Segundo a autora, quanto à corrupção, houve transformação legislativa, resultado de

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino. E-mail: adrianoribeiro@yahoo.com

vinculação a compromissos internacionais assumidos. E, destaca a Professora, “*a publicidade dada aos casos investigados na operação “Lava Jato” proporcionou maior debate sobre o tema da corrupção e a população se viu mais integrada e participativa, o que, de forma direta ou indireta, fomenta o controle social*” (SIMÕES, 2019, p. 27).

No terceiro capítulo, a Professora Fabiana Simões investiga os mecanismos de controle social, a partir da legislação brasileira sobre o tema, justamente para compreender se as leis que versam sobre o combate à corrupção estão em consonância com o processo de democratização da Administração Pública contemporânea. Analisou a autora os princípios estruturantes do Direito Administrativo em face das leis de combate à corrupção, a compatibilidade ou distanciamento entre eles, com destaque para os mecanismos de controle social previsto na legislação.

A Professora Fabiana Simões apresenta ao leitor com riqueza de detalhes o fenômeno da corrupção no Brasil, conceito e historicidade, bem assim os contornos de sua prática, mediante apontamento das deficiências de seu controle e a tendência de transformação legislativa para o seu enfrentamento. Afirma a autora que: “[...] *a prática de infrações contra a Administração Pública que culminam em atos de corrupção continua desafiando as instâncias democráticas de controle, que, no plano fático, encontram deficiências que devem ser identificadas, trabalhadas e superadas*” (SIMÕES, 2019, p. 81).

Por conseguinte, no quarto capítulo, a autora se debruça sobre as novas medidas anticorrupção propostas e a sua potencialidade para transformar o paradigma de controle da corrupção no Brasil, evidenciando-se a reformulação ou reinterpretação dos mecanismos tradicionais e a formulação de proposta para a efetivação do controle social.

Nesse contexto, incontáveis são as contribuições que a Professora Fabiana Coelho Simões trouxe para a compreensão da efetivação do controle social da corrupção. Na obra, encontramos a seguinte interpretação da Advogada, Professora e consultora em Direito Administrativo e Regulatório, Maria Tereza Fonseca Dias: “*as propostas de combate à corrupção ainda são tímidas quanto ao efetivo papel da sociedade nessa tarefa. O principal achado dessa obra, no esteio do que já se vem discutindo desde a redemocratização do País, é que a inibição das práticas de corrupção somente será efetiva quando instituídos mecanismos que aproxima o Estado da sociedade e quando houver a abertura do sistema administrativo para uma gestão cada vez mais democrática e transparente*”.

É o que defende a Professora Fabiana Simões: “*os mecanismos de controle social têm apresentado mudanças, em que o cidadão e o Estado vêm tentando construir a eficácia dos mecanismos disponíveis, garantindo, principalmente, a transparências das ações administrativas por meio da publicidade [...]*”.

De fato, traz significativa contribuição para a pesquisa do tema anticorrupção no Brasil, principalmente no que tange à pesquisa das leis brasileiras e das novas propostas apresentadas nas casas legislativas. Trabalho dotado de alta técnica, profundidade e olhar crítico, que, para além de identificar problemas, apresenta soluções coerentes orientadas à construção de uma participação popular e efetivo controle social.

REFERÊNCIA

SIMÕES, Fabiana Coelho. **Instrumentos de controle social da corrupção**: análise da legislação e das propostas de medidas anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 156 p. ISBN 978-85-519-199-8

Como citar: RIBEIRO, Adriano da Silva. Compreender os mecanismos de combate à corrupção. Em: SIMÕES, Fabiana Coelho. **Instrumentos de controle social da corrupção**: análise da legislação e das propostas de medidas anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 156 p. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 192-194, nov. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n3p192. ISSN: 2178-8189.

RESENHAS / REVIEWS

XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CONTRATO DE NAMORO: AMOR LÍQUIDO E DIREITO DE FAMÍLIA MÍNIMO, POR MARÍLIA PEDROSO XAVIER

DATING CONTRACT: NET LOVE AND MINIMUM FAMILY LAW, BY MARÍLIA PEDROSO XAVIER

Beatriz Scherpinski Fernandes¹

Como citar: FERNANDES, Beatriz Scherpinski. Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo, por Marília Pedroso Xavier. Em: XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 195-197, nov. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n3p195. ISSN: 2178-8189.

Resumo: A contemporaneidade está marcada por relações frágeis e imediatez, cenário presente também nos relacionamentos afetivos. Nesse contexto da modernidade e da vida líquida, Marília Pedroso Xavier apresenta o contrato de namoro como uma alternativa àqueles casais que não possuem a intenção de constituir família, já que, na atualidade, o namoro pode ser um fim em si mesmo e não mais unicamente como um passo que levará ao noivado e ao casamento. Ao abordar o negócio jurídico no Direito de Família, a autora se debruça sobre o movimento Direito de Família mínimo e defende a redução da intervenção do Estado em questões eminentemente privadas, a autonomia privada neste ramo do Direito Civil e a caracterização do contrato de namoro como um negócio jurídico existente, válido e eficaz.

Palavras-chave: Contrato de namoro. União estável. Direito de família mínimo.

Abstract: Contemporaneity is marked by fragile relationships and immediacy, a scenario also present in affective relationships. In this context of modernity and liquid life, Marília Pedroso Xavier presents the dating contract as an alternative to those couples who have no intention of starting a family, since, nowadays, dating can be an end in itself and no longer solely as a step towards engagement and marriage. When addressing the legal business in Family Law, the author focuses on the minimum Family Law movement and defends the reduction of State intervention in eminently private matters, private autonomy in this branch of Civil Law and the characterization of the dating contract as an existing, valid and effective legal transaction.

Keywords: Dating contract. Stable union. Minimum family law.

A obra “Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo”, conforme destacado

¹ Mestranda no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: biascherpinski@gmail.com

pela própria autora em sua introdução, é fruto de sua dissertação de Mestrado, defendida no ano de 2011. Marília Pedroso Xavier, ao receber o convite da editora que publicou seu trabalho, optou pela preservação da pesquisa original que, como exposto nos agradecimentos iniciais, permanece pertinente e atual.

Na divisão organizacional da pesquisa da autora, nota-se que o estudo parte do contexto atual da sociedade, a partir da configuração da sociedade líquido-moderna, momento no qual são abordadas as relações de consumo, a alteração da noção de tempo, o viés descartável, a desconfiança e o amor líquido, a partir dos ensinamentos de Zygmunt Bauman.

Mas como podem ser analisadas essas características? A vida líquida é observada nas relações sociais, que se tornam vínculos frouxos, revogáveis. Todo o primeiro capítulo abre espaço ao leitor para desenvolver um paralelo direto com as relações afetivas contemporâneas, explicando o porquê da fragilidade dos laços humanos.

Após a contextualização, Marília Pedroso Xavier apresenta o Direito de Família Mínimo, sendo tratado o caminho percorrido pela família, da transpessoal à eudemonista, a crítica à judicialização, a liberdade nesse ramo do direito civil e o princípio da autonomia privada. A constatação, neste momento da obra, é a de que houve uma grande transformação na família, e que tal mudança de viés pode fundamentar a redução da intervenção do Estado neste âmbito.

A família dos anos iniciais do século XX, sob a ótica do Código Civil de 1916, era um arranjo hierarquizado, desigual em gênero e funções, patriarcal e patrimonializado, sem espaços para desrespeito, pelos seus membros, do que o legislador considerava como valores. A família era uma entidade indissolúvel, visto que, de início, sequer era permitido o divórcio, e a intervenção estatal era tamanha que parte da doutrina considerava tal ramo como pertencente ao Direito Público.

Contudo, assim como apresentado no capítulo primeiro, a sociedade se modificou e há um novo conceito da família atual. Na contemporaneidade, o indivíduo é o ponto central, e a entidade familiar passa a ser um meio de alcance de sua felicidade. Há uma gama de princípios norteadores, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a afetividade e a convivência familiar, mas essa especial proteção conferida à família não faz com que ela deixe de pertencer ao direito privado. O eudemonismo na família significa maior autonomia e liberdade e representa o seu pluralismo, não acompanhado pela legislação vigente.

Para fundamentar seu posicionamento favorável ao direito de família mínimo, a autora apresenta críticas à expressiva judicialização dos conflitos familiares. Demonstrando pesquisas do ano de 2010 (atualizadas na época do desenvolvimento de sua dissertação), é destacada a pouca eficiência e a pouca rapidez apontada pelos entrevistados, o que leva à conclusão da necessidade de evitar o ajuizamento de ações para a solução do conflito familiar.

Concluída a defesa do direito de família mínimo, o contrato de namoro, tema central da obra, torna-se o enfoque. Argumenta-se que, no cenário brasileiro, o contrato de namoro é alvo de críticas por suposta nulidade, decorrente do objetivo fraudulento de afastar normas cogentes, posicionamentos que não devem prosperar, visto que o entendimento do contrato de namoro leva à compreensão de que seu condão é de declaração de inexistência do objetivo de constituir família

em determinado relacionamento afetivo.

Marília Pedroso Xavier defende a caracterização do contrato de namoro como um negócio jurídico, que está de acordo com a parte geral do Código Civil e que cumpre os requisitos de validade estabelecidos pela mesma codificação, configurando um contrato atípico, nem proibido, nem previsto em lei.

Uma importante contribuição na obra em análise é o aporte na doutrina estrangeira a partir da exposição do chamado “*agreement of joint not to have a common law marriage*” documento importante e válido para afastamento do casamento fático ou informal nos estados americanos que ainda o admitem.

Na conclusão, a autora sustenta a autora que a vida líquida reflete nos relacionamentos afetivos e que o namoro se insere neste cenário, e experiências antes consideradas como privativas do casamento passam a ser comuns no namoro, que não deve mais ser considerado como uma fase pré-matrimonial. Diante da complexidade dessa relação afetiva, a sua distinção em comparação à união estável se torna cada vez mais difícil e, como solução, para evitar uma indesejada caracterização de entidade familiar.

A obra, publicada no ano de 2020, ganhou especial relevo no cenário pandêmico, no qual casais passaram a coabitar, por razões financeiras ou afetivas, sem o intuito de elevar o namoro à uma entidade familiar. Apesar da coabitação não ser um requisito para o reconhecimento da união estável, é conhecido o seu valor como elemento de prova, motivo pelo qual o contrato de namoro foi a solução encontrada por muitos namorados.

O tema abordado pela professora Marília Pedroso Xavier tem caminhado para o reconhecimento pela doutrina pátria, apesar de facilmente serem encontradas críticas pela suposta nulidade, ineficácia ou inutilidade do contrato de namoro. Fica a cargo dos civilistas contemporâneos o contraponto a esses posicionamentos e a demonstração da importância desse instrumento para a evolução do direito de família brasileiro.

Como citar: FERNANDES, Beatriz Scherpinski. Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo, por Marília Pedroso Xavier. Em: XAVIER, Marília Pedroso. **Contrato de namoro: amor líquido e direito de família mínimo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 25, n. 3, p. 195-197, nov. 2021. DOI: 10.5433/2178-8189.2021v25n3p195. ISSN: 2178-8189.

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 inglês ou preferencialmente em português. 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 máximo de 25 laudas): apresentam, geralmente, estudos teóricos ou práticos referentes à pesquisa e desenvolvimento que atingiram resultados conclusivos significativos. Os artigos originais referentes à pesquisa experimental devem 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.

• **Os artigos devem conter pelo menos um doutor como um de seus autores ou co-autores. É permitido até 3 (três) autores por artigo.**

Observação importante: Devido ao alto grau de exogenia seguido pela revista (75%), são publicados apenas 2 (dois) artigos de autores pertencentes ao Estado do Paraná por edição, **os quais são destinados, preferencialmente, aos professores e alunos do Mestrado e Doutorado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.**

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;
- 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 Arial, 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;
- **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). 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).
- 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 direitos autorais dos artigos publicados pertencem à revista SCIENTIA IURIS. A reprodução total dos artigos desta revista em outras publicações, ou para qualquer outra utilidade, está condicionada à autorização escrita do(s) Editor(es). Pessoas interessadas em reproduzir parcialmente os artigos desta revista (partes do texto que excedam a 500 palavras, tabelas e ilustrações) deverão ter permissão escrita do(s) autor(es).

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. Recomendase 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. Os trabalhos não aceitos para publicação serão devolvidos aos autores, se solicitados.

7. Sugerimos a leitura da obra de Maurício Gomes Pereira. Título: Artigos científicos: como redigir, avaliar e publicar. Editora: Guanabara Koogan.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

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 Discursos Fotográficos. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

O autor autoriza a republicação e divulgação do artigo em sites especializados na área de direito (ex: academia.edu; emperiododireito.com.br; conjur.com.br, e outros). Autoriza, também, a publicação e/ou divulgação em redes sociais. O artigo será encaminhado para republicação e divulgação pela equipe editorial da Revista Scientia Iuris somente após publicação do artigo na Revista Scientia Iuris para garantir o ineditismo que é uma exigência da publicação.

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.