



ORGS.
LUCIANA DE CASTRO BASTOS
EDUARDO GOULART PIMENTA

VOZES DO

DIREITO
MODERNO

VOLUME 2

É com grande prazer que trago à você o segundo volume "Vozes do Direito Moderno", uma coletânea de ensaios e reflexões sobre as diversas facetas do direito contemporâneo. Nesta obra, reunimos um grupo de renomados professores, acadêmicos e profissionais do direito, cada um trazendo sua perspectiva única e enriquecedora sobre os desafios e as transformações que permeiam o mundo jurídico atual.

O Direito Moderno é uma cena em constante evolução, moldado pelas demandas sociais, tecnológicas e econômicas de nossa época. Nesse contexto complexo e dinâmico, torna-se imprescindível ouvir as vozes que vêm guiando, questionando e reformulando nossa compreensão do sistema jurídico.

Os capítulos deste livro abordam uma ampla gama de tópicos relevantes para a atualidade. Cada autor traz sua contribuição para uma compreensão mais profunda das complexidades do Direito Moderno.

Ao explorar essas vozes, mergulharemos nas diversas áreas do direito que se interconectam e influenciam uns aos outros. Através dessas perspectivas multidisciplinares, esperamos proporcionar ao leitor uma visão panorâmica das principais questões jurídicas de nosso tempo.

Com estas importantes contribuições, esperamos que você mergulhe em discussões profundas e desafiadoras, que ampliem seu conhecimento e incentivem seu pensamento crítico.

À medida que avançamos pela leitura, é importante lembrar que o Direito não é uma entidade estática, mas um campo em constante evolução. À medida que enfrentamos os desafios emergentes do século XXI, é vital ouvir e aprender com as vozes que estão moldando a face do Direito Moderno.

Portanto, convido você a explorar as páginas que se seguem, a ouvir as vozes que ressoam no presente e a ponderar sobre as implicações futuras de suas palavras. Este livro é um convite para descobrir, refletir e engajar-se no debate sobre as complexidades do Direito Moderno.

Que esta obra inspire você a se tornar uma voz ativa no desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito, contribuindo assim para uma sociedade mais justa e equitativa.

Boa leitura!

Luciana de Castro Bastos

ISBN 978-65-6006-035-7



9 786560 060357 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

VOZES DO

DIREITO
MODERNO

VOLUME 2



Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PIMENTA, Eduardo Goulart

BASTOS, Luciana de Castro

(Orgs.)

Título: Vozes do direito moderno - Volume 2 - Belo Horizonte - Editora Expert - 2023

Organização:

Eduardo Goulart Pimenta

Luciana de Castro Bastos

ISBN: 978-65-6006-035-7

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito 2.Direito Moderno 3.Justiça Social I. I. Título.

CDD: 340

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

ORGANIZAÇÃO

EDUARDO GOULART PIMENTA

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1996), mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1998) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Procurador do Estado de Minas Gerais, Professor Adjunto nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da PUCMINAS, Professor Adjunto de Direito Comercial-Empresarial na Faculdade de Direito da UFMG, árbitro e consultor em Direito Empresarial. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Análise Econômica do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito societário, mercado financeiro, recuperação de empresas e temas ligados ao estudo de Law & Economics. Membro da ALACDE (Associação Latino Americana e do Caribe de Direito e Economia) desde 2007, membro fundador da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e da Comissão de Direito Societário da OAB/MG. Associado ao Comitê Brasileiro de Arbitragem (2021). Integrante do corpo de árbitros da CAMINAS - Câmara Mineira de Arbitragem Empresarial. E-mail: goulartpimenta@gmail.com

LUCIANA DE CASTRO BASTOS

Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUCMINAS com distinção *Cum Laude* (2017). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ (2005). Graduada em Direito pela Universidade Iguazu (2001). Professora universitária: PUC Minas Adjunto nos cursos de graduação e especialização; Coordenadora dos Cursos de Especialização a Distância em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups e em Direito Bancário e do Mercado Financeiro da PUC Minas Virtual; Palestrante. Possui experiência na área jurídica com ênfase em Direito Empresarial e Contratos. E-mail: lucianadecastrobastos@gmail.com.br

AUTORES

Abdiel N. Ciprian

Aluer Baptista Freire Júnior

Camila Braga da Cunha

Daniel Rocha Corrêa

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa

Henrique Avelino Lana

Ingrid Albuquerque Mation

Isadora N. Roversi Veloso

Luciana de Castro Bastos

Melissa Barrioni e Oliveira

Rodrigo Almeida Magalhães

Thais Diniz Silva de Carvalho

Vitória Mendonça Bragança Ghelli Monteiro

Wallace Fabrício Paiva Souza

Wilkson Vasco Francisco Lima Barros

APRESENTAÇÃO

É com grande prazer que trago à você o segundo volume “Vozes do Direito Moderno”, uma coletânea de ensaios e reflexões sobre as diversas facetas do direito contemporâneo. Nesta obra, reunimos um grupo de renomados professores, acadêmicos e profissionais do direito, cada um trazendo sua perspectiva única e enriquecedora sobre os desafios e as transformações que permeiam o mundo jurídico atual.

O Direito Moderno é uma cena em constante evolução, moldado pelas demandas sociais, tecnológicas e econômicas de nossa época. Nesse contexto complexo e dinâmico, torna-se imprescindível ouvir as vozes que vêm guiando, questionando e reformulando nossa compreensão do sistema jurídico.

Os capítulos deste livro abordam uma ampla gama de tópicos relevantes para a atualidade. Cada autor traz sua contribuição para uma compreensão mais profunda das complexidades do Direito Moderno.

Ao explorar essas vozes, mergulharemos nas diversas áreas do direito que se interconectam e influenciam uns aos outros. Através dessas perspectivas multidisciplinares, esperamos proporcionar ao leitor uma visão panorâmica das principais questões jurídicas de nosso tempo.

Com estas importantes contribuições, esperamos que você mergulhe em discussões profundas e desafiadoras, que ampliem seu conhecimento e incentivem seu pensamento crítico.

À medida que enfrentamos os desafios emergentes do século XXI, é vital ouvir e aprender com as vozes que estão moldando a face do Direito Moderno.

Portanto, convido você a explorar as páginas que se seguem, a ouvir as vozes que ressoam no presente e a ponderar sobre as implicações futuras de suas palavras. Este livro é um convite para descobrir, refletir e engajar-se no debate sobre as complexidades do Direito Moderno.

Que esta obra inspire você a se tornar uma voz ativa no desenvolvimento e aperfeiçoamento do Direito, contribuindo assim para uma sociedade mais justa e equitativa.

Boa leitura!

Luciana de Castro Bastos

SUMÁRIO

Repercussões concorrenciais da tecnologia <i>blockchain</i>	15
<i>Daniel Rocha Corrêa</i>	
2. A empresa e o estatuto jurídico do patrimônio mínimo	45
<i>Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa</i>	
A ordem de pagamento na falência: a necessária reinterpretação do artigo 84, inciso I-A, em face dos créditos trabalhistas	73
<i>Aluer Baptista Freire Júnior, Rodrigo Almeida Magalhães</i>	
A tecnologia <i>blockchain</i> e as condenações do faraó e rei dos <i>bitcoins</i> perante a comissão de valores mobiliários	101
<i>Wallace Fabrício Paiva Souza</i>	
Gestão da inovação, propriedade intelectual e empreendedorismo: tratamento de dados de crianças e adolescentes por aplicativos e sites educacionais	131
<i>Melissa Barrioni e Oliveira</i>	
Declaração de política de privacidade e proteção de dados para a empresa empreendedorismo inovador: estudo de caso	153
<i>Vitória Mendonça Bragança Ghelli Monteiro</i>	
O direito à informação como requisito de validade da manifestação de vontade do paciente pela recusa terapêutica.....	183
<i>Camila Braga da Cunha</i>	
Responsabilidade socioambiental das instituições financeiras	203
<i>Ingrid Albuquerque Mation</i>	

Considerações atuais sobre responsabilidade civil em situações cotidianas237

Henrique Avelino Lana

Estudo interdisciplinar entre linguística e direito: uma análise do processo como fenômeno discursivo271

Isadora N. Roversi Veloso

Habeas corpus e a análise da autoria e da materialidade: os limites da via de cognição sumária e a fundamentação dos pressupostos à prisão preventiva283

Thais Diniz Silva de Carvalho, Luciana de Castro Bastos

Créditos não sujeitos à recuperação extrajudicial e judicial.313

Abdiel N. Ciprian

A constitucionalidade da união de objetivos políticos através das coligações e federações partidárias.....341

Wilkson Vasco Francisco Lima Barros

A igualdade de gênero positivada como função incentivadora de uma sociedade justa e o combate jurisprudencial de sua fraude.....355

Wilkson Vasco Francisco Lima Barros

REPERCUSSÕES CONCORRENCIAIS DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN

Daniel Rocha Corrêa¹

RESUMO: A tecnologia blockchain trouxe consigo um potencial transformador do mercado que desperta indagações sobre os rumos do direito da concorrência diante da inovação tecnológica. Embora a tecnologia em si seja neutra, seu uso ou os efeitos de seu uso poderão ser considerados lícitos ou ilícitos em relação ao ideal de garantia da livre concorrência que projeta-se sobre o mercado. O trabalho buscou analisar repercussões concorrenciais da tecnologia blockchain. Entendemos que, apesar do potencial transformador da blockchain, as autoridades antitruste devem verificar a adequação das práticas no mercado com base no caso concreto e com uso das regras vigentes e dos precedentes. A blockchain poderá favorecer a ocorrência de ilícitos concorrenciais, mas também poderá auxiliar as autoridades antitruste na aplicação da legislação concursal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito da concorrência; blockchain antitruste; tecnologia; inovação; regulação.

1. INTRODUÇÃO

Assim como a internet trouxe uma revolução que se irradia para diversas dimensões da vida na atualidade, o Bitcoin também é uma inovação revolucionária. Essa revolução trazida pelo Bitcoin não se restringe ao mercado financeiro através de criptomoedas e criptoativos. Uma inovação que permitiu o surgimento do Bitcoin é a blockchain. Essa tecnologia serve de base inicialmente para criptomoedas e criptoativos.

¹ Doutor em Direito, “cum laude”, pela PUC Minas. Mestre em Direito Econômico pela UFMG. Professor Adjunto na Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Coordenador do Curso de Direito da PUC Minas Barreiro. Advogado. Membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB-MG. E-mail: danielcorrea@pucminas.br

Literalmente, a palavra blockchain poderia ser traduzida por cadeia de blocos. Ela consiste numa sequência de registros de dados armazenados numa rede de computadores. Esses dados estão contidos nos chamados blocos e utilizam criptografia para seu armazenamento. Cada novo bloco contém uma informação nova acrescida do registro criptográfico do bloco anterior. Além disso, as informações estão distribuídas de modo descentralizado por toda a rede. A rede se vale do consenso da maioria dos computadores (ou nós) que a formam como meio de proporcionar segurança e imutabilidade aos registros contidos nos blocos da cadeia.

Há autores que demonstram a percepção de que a blockchain tem usos para além dos mercados financeiros e que, diante de seu potencial inovador, poderá trazer novo impulso às atividades econômicas (TAPSCOTT; TAPSCOTT, 2016; MAGGIOLINO; ZOBOLI, 2020; NAZZINI, 2018; CATALINI; TUCKER, 2018). Concordamos com a visão de que a blockchain, é substancialmente revolucionária para uma série de transações que se dão e podem se dar pela internet e para a gestão de informações que circulam pelo espaço virtual da web ou de uma rede privada de computadores.

Esse potencial transformador da blockchain pode se manifestar em relação a uma série de atividades que realizamos hoje pela internet ou no mundo físico, como a formação de contratos ou a fé que se deposita sobre uma transação entre duas ou mais pessoas. Isso já pode ser visto por meio dos contratos inteligentes, também chamados smart contracts, ou pela desnecessidade de terceiros confiáveis em certas transações. Poderíamos considerar que a blockchain é uma base que poderia ser utilizada em diversos softwares aplicativos com finalidades diferentes.

Na perspectiva concorrencial, o interesse sobre o impacto da tecnologia blockchain pode ser visto no âmbito da OCDE. Neste sentido, “A OCDE está atualmente desenvolvendo trabalhos sobre como: a) facilitar a adoção eficiente da tecnologia blockchain pelos governos; b) ajudar os governos a identificar respostas políticas eficazes aos riscos e oportunidades decorrentes do uso de blockchain pelas empresas;

e c) ajudar os governos a evitar o uso indevido de blockchain para atividades ilícitas.”² (OCDE, 2018, p 3. Tradução nossa).

Neste trabalho, pretendemos analisar como, na perspectiva concorrencial ou antitruste, o potencial transformador da blockchain afetaria o mercado e sua regulação.

2. O PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DA TECNOLOGIA

No cenário de inovações trazidas pela eletrônica, pelo computador e pela internet, a blockchain surge como uma tecnologia à qual se imputa um acentuado potencial transformador. Alguns, nesse sentido, falam que ela é disruptiva. Schrepel (2018) é um dos pesquisadores que destacam o caráter transformador da tecnologia blockchain.

A tecnologia, quando considerada em si mesma, é neutra em relação aos critérios de licitude e ilicitude com que a racionalidade jurídica opera. O interesse jurídico está no uso ou nos efeitos do uso de uma certa tecnologia.

Nazzini (2018) reconhece essa neutralidade quanto à blockchain em face da concorrência. A mesma ideia também pode ser vista em Maggiolino e Zoboli quando afirmam que: “[...] podemos reconhecer que uma tecnologia em si não é anticompetitiva, mas pode se tornar uma ferramenta para ações anticompetitivas.”³ (2020, p. 8. Tradução nossa).

Se a questão central está no uso e não na tecnologia, é necessário um olhar concreto para a aplicação da Lei. Conforme Maggiolino e Zoboli, “Esse roteiro deve ser aplicado em uma avaliação caso a

2 The OECD is currently developing work on how to: a) facilitate the efficient adoption of blockchain technology by governments; b) help governments identify effective policy responses to the risks and opportunities arising from use of blockchain by business; and c) help governments to prevent the misuse of blockchain for illicit activities.

3 [...] we can recognize that a technology in itself is not anti-competitive, but it might become a tool for anti-competitive actions.

caso dos cenários sob escrutínio.”⁴ (2020, p. 1. Tradução nossa). Essa conclusão encontra respaldo no pensamento de Steven Anderman (2001) ao apontar a inexistência de uma regra geral e revelar a tendência ao estabelecimento de uma disciplina concorrencial dos DPI (Direitos de Propriedade Industrial) construída caso a caso e que necessita de um olhar sobre o mercado. A isto, podemos acrescentar também a abordagem apresentada por Richard Whish (2001), quando defende a regra da razão, destaca a necessidade de análise concreta e propõe a adoção de uma abordagem flexível e fundada em critérios econômicos.

Numa análise concreta voltada à aplicação da legislação antitruste, além de se verificar o comportamento danoso e a extensão dos danos, devem ser considerados também os efeitos positivos de uma eventual restrição da concorrência. Neste sentido, a OCDE destaca que a blockchain pode beneficiar os consumidores com mais informações e eficiência,

Para os governos, a adoção de tecnologias blockchain pode incluir: ajudar os aplicadores a reprimir a evasão fiscal e outras leis e regulamentos; para apoiar a política monetária e fiscal por meio de criptomoedas apoiadas por governos soberanos; criar títulos de propriedade digital e outros registros, ajudar os cidadãos a provar sua identidade e votar e aumentar a eficiência e a transparência dos serviços públicos. Os pagamentos de pensão e previdência social podem ser feitos de forma mais barata e transparente via blockchain, enquanto os registros de saúde podem ser compartilhados com segurança entre um paciente e todos os médicos relevantes.⁵ (OCDE, 2018, p 2. Tradução nossa).

4 Such a roadmap should be applied in a case-by-case assessment of the scenarios under scrutiny.

5 For governments, the adoption of blockchain technologies might include: helping enforcers to clamp down on avoidance of tax and other laws and regulations; to support monetary and fiscal policy via sovereign-backed cryptocurrency; to create

Do outro lado, Maggiolino e Zoboli apresentam três questões a serem enfrentadas no confronto entre a produção tecnológica e o direito antitruste:

(i) se os processos pelos quais a tecnologia é produzida são de alguma forma anticompetitivos; (ii) se existem outras tecnologias que possam satisfazer a mesma necessidade, sendo – consequentemente – substituíveis pela blockchain dentro do mesmo mercado relevante; e (iii) quantas empresas competem entre si na produção dessas tecnologias, de modo a determinar qual é o seu poder de mercado.⁶ (MAGGIOLINO; ZOBOLI, 2020, p. 6. Tradução nossa).

Catalini e Tucker, em relação às características da blockchain, consideram que “[...] a ausência de uma entidade central pode constituir um desafio para o antitruste.”⁷ (2018, p. 9. Tradução nossa). Contudo, como veremos mais abaixo, a descentralização da estrutura da blockchain pode ser considerada também como um efeito pró-competitivo da forma como a tecnologia é aplicada.

O caminho para lidar com essa relatividade é a análise concreta. Nessa e em outras questões, a análise concreta permitirá uma definição melhor da fronteira entre o lícito e o ilícito em matéria de direito da concorrência.

digital land titling and other registries, to help citizens prove their identity and vote, and to increase the efficiency and transparency of public services. Pension and social security payments might be made more cheaply and transparently via blockchain, while health records might be shared securely between a patient and all relevant doctors.

6 (i) whether the processes whereby the technology is produced is somehow anticompetitive; (ii) whether there are other technologies that may satisfy the same need, being – as a consequence – substitutable with the blockchain within the same relevant market; and (iii) how many companies compete one against the other in producing those technologies, so as to appreciate their market power.

7 [...] the absence of a central entity could constitute a challenge for antitrust.

3. A NOVIDADE DA BLOCKCHAIN E O QUE SERÁ DO ANTITRUSTE

Outras questões que podemos acrescentar dizem respeito ao poder de quem desenvolve o código, no caso de uma rede blockchain de código fechado, e também a respeito do poder de quem controla a rede ou uma infraestrutura necessária a uma determinada rede blockchain, tudo isso, além da questão da descentralização da estrutura, nos permite ilustrar os desafios com que a regulação da concorrência lidará à medida que o uso da blockchain se expandir.

Porém, como Schrepel e Buterin ressaltam, “O estado de direito não governa todas as interações humanas.”⁸ (2020, p. 2. Tradução nossa). É verdade que o direito e, mais ainda o direito estatal, não regula todas as condutas do indivíduo (e das empresas) na sociedade. A primeira possibilidade, que é admitida por uma visão positivista e monista de direito, considera que apenas as condutas relevantes para o convívio social são juridicizadas (MELLO, 2019). Outra solução endossada pelo positivismo surge ao considerarmos que o racionalismo da modernidade levou à atribuição da ideia de sistema ao direito (AMARAL, 1997) e que isso permitiu a construção das concepções do dever de coerência e do dogma da completude do ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico é considerado um conjunto unitário de normas interligadas e coerentes (BOBBIO, 2011) e nele se encontra solução para todas as questões que surjam. Deste modo, na perspectiva do positivismo jurídico, a ausência de norma expressa proibindo algo nos levaria a aplicar uma regra geral de liberdade e considerar o comportamento não regulado como permitido.

Schrepel e Buterin (2020) acrescentam ainda, como causas do aparecimento de situações não regulamentadas, as situações em que poderia existir um conflito de jurisdições - e isso pode ser muito comum em relação a condutas que se dão por meio da internet.

⁸ The rule of law does not govern all human interactions.

Então, questionam: “[...] Em outras palavras, o aumento do número de transações permitidas pela blockchain (onde a lei não se aplica) favorece o bem comum apesar da implementação de transações ilegais ao longo do caminho?”⁹ (SCHREPEL; BUTERIN, 2020, p. 4. Tradução nossa).

Uma questão que surge é: como regular uma tecnologia nova - a blockchain - a fim de conciliar os objetivos de inovação e de defesa da concorrência?

Conforme o pensamento de Massarotto (2020), a intensidade das transformações trazidas pela blockchain suscita a necessidade de toda uma revisão sobre o direito antitruste e a regulação. Contudo, nossa perspectiva é de que essa revisão não resultará em algo novo, pois é um componente próprio da dinâmica direito-realidade.

Por sua vez, Weinstein (2020) aponta como caminho uma regulação baseada na regulação da internet e na neutralidade da rede. O autor diz: “Os reguladores também devem garantir acesso aberto e não discriminação nas redes blockchain.”¹⁰ (WEINSTEIN, 2020, p. 1. Tradução nossa). Quando pensamos que podemos ter um sistema baseado em blockchain fechada, uma necessidade complementar que acrescentamos é de que o sistema se estruture num princípio de não discriminação.

Diante das transformações decorrentes da blockchain, Schrepel (2018) sugere a necessidade de revermos os padrões atuais do direito antitruste em relação ao abuso de posição dominante.

Neste mesmo sentido, Schrepel e Buterin (2020) entendem que o desenvolvimento tecnológico impõe uma revisão dos conceitos do antitruste. Como a realidade é dinâmica, entendemos que a revisão conceitual deve ser permanente e faz parte da própria essência do direito. Como Recaséns Siches (1973) explica, na aplicação do direito

9 [...] In other words, does the increase in the number of transactions permitted by blockchain (where the law does not apply) benefit the common good despite the implementation of illegal transactions along the way?

10 Regulators also should ensure open access and non-discrimination on blockchain networks.

a norma jurídica é revivida e se adapta às novas realidades. Contudo, esse processo não deve significar uma ruptura cultural.

Entendemos que a revisão não deveria negar toda a história do direito antitruste a ponto de começarmos a construir aquilo a que Frank Easterbrook (1996) nos advertiu: “um direito do cavalo”. Nesse sentido, Weinstein afirma: “Em relação à sua aplicação, as leis antitruste provaram ser adaptáveis às mudanças tecnológicas nas eras do computador e da Internet e não há nada que sugira que a flexibilidade não continuará na era da blockchain.”¹¹ (2020, p. 23. Tradução nossa). A essa ideia podemos acrescentar também a aplicação dos usos e costumes aos novos negócios (ASSUNÇÃO, 2019).

Junto a essa dinâmica própria da regulação, podemos acrescentar o uso de novas formas de solução de controvérsias como os contratos inteligentes e outras formas de resolução de controvérsias on-line (RABELLO; SANTOS, 2019). Além disso, a própria dinâmica do mercado poderá contribuir para o desenvolvimento de uma regulação privada.

Conforme Assunção, “Se, por um lado, a *lex mercatoria* pode conferir a segurança jurídica necessária à ampliação no uso das moedas digitais, por outro, as moedas virtuais facilitam e impulsionam a realização de negócios transnacionais, indispensáveis à consolidação dessa ordem normativa de regulação do comércio internacional.” (ASSUNÇÃO, 2019, p. 194).

De todo modo, é prudente a advertência de Schrepel: “Ainda é difícil identificar todos os problemas que surgirão, porque as principais aplicações dessa tecnologia ainda estão em desenvolvimento. Mas já sabemos que a análise da concorrência será virada de cabeça para baixo.”¹² (SCHREPEL, 2018, p. 1. Tradução nossa).

11 As an enforcement matter, the antitrust laws have proved adaptable to technological change in the computer and Internet eras and there is nothing to suggest that flexibility will not continue in the blockchain era.

12 It is still difficult to identify all the issues that will arise, because major applications of this technology are still under development. But we already know that competition analysis will be turned upside down.

São muitas as variáveis em jogo para nos permitir, em termos absolutos, estabelecer as bases da regulação de uma tecnologia nova cujos usos e potencialidades ainda não foram todos implementados.

Então, a partir de uma análise concreta da realidade, as regras vigentes e os precedentes do direito antitruste nos darão as respostas necessárias ao enfrentamento das questões trazidas pela blockchain.

4. A ESTRUTURA DA REDE BLOCKCHAIN E A CONCORRÊNCIA

Como dissemos acima, a regulação da concorrência deve partir de uma análise concreta para se ajustar adequadamente ao cenário em que se aplica a blockchain, assim como a toda questão concreta em que se busca avaliar a ocorrência de abuso de poder econômico.

Quando falamos de blockchain, é preciso esclarecer uma relação entre a tecnologia blockchain e as criptomoedas, como o Bitcoin. Conforme Souza, Oliveira e Michelin, a blockchain pode ser vista como uma tecnologia autônoma em relação às criptomoedas:

[...] Blockchain. A tecnologia que possibilitou a criação da Bitcoin surgiu como criação acessória a ela, mas se mostra como um novo conceito formado, capaz de moldar as relações de intermediação em todo sistema de armazenamento e troca de dados no planeta. Esse livro-caixa autônomo, compartilhado, aberto e ponto-a-ponto pode ser empregado em inúmeros sistemas virtuais, eliminando a necessidade de intermediários, trazendo um fluxo muito mais rápido, confiável e organizado. (2019, p. 168).

Com relação à estrutura da rede em que se estabelece, uma blockchain pode ser pública (ou aberta) ou privada (ou fechada); com permissão ou sem permissão. Schrepel esclarece essa classificação:

[...] registros distribuídos e descentralizados que podem registrar manual ou automaticamente todos os tipos de transações entre usuários (esta é a “camada de plataforma”). [...] Blockchains pode de fato ser público, onde qualquer pessoa pode ver as informações que ele contém, ou privado, onde um ou vários usuários controlam o acesso à blockchain. Eles também podem ser sem permissão - onde qualquer pessoa pode escrever na blockchain - ou com permissão - onde apenas usuários específicos podem escrever nela.¹³ (2020, p. 160. Tradução nossa).

Quanto à descentralização da rede, Stella registra que “a configuração mais descentralizada é aquela em que todos os nós da rede são capazes de ler todo o histórico de transações, originar novas transações, emitir criptomoeda e registrar novas transações.” (2017, p. 153). Quanto ao efeito de emitir moeda, o mesmo só será válido se estivermos lidando com uma blockchain de criptomoeda, contudo a tecnologia pode ser aplicada a outras atividades econômicas também. Pike e Capobianco esclarecem sobre essa ampliação do objeto: “[...] blockchain estiveram até agora no setor financeiro, a tecnologia pode afetar substancialmente vários outros setores, incluindo serviços jurídicos, notários, armazenamento de dados, energia e transporte.”¹⁴ (2020, p. 14. Tradução nossa).

A depender da espécie de blockchain e das características do mercado em que ela se aplique, podemos ter repercussões diferentes na perspectiva concorrencial. Então, a blockchain privada é mais propícia a certas formas de restrições horizontais como as combinações

13 [...] distributed and decentralized ledgers that can record manually or automatically all sorts of transactions between users (this is the “platform layer”). [...] Blockchains may in fact be public, where anyone can see the information it contains, or private, where one or several users control access to the blockchain. They may also be permissionless— where anyone can write on the blockchain—or permissioned— where only specific users can write on it.

14 [...] blockchain have thus far been in the financial sector, the technology may substantially affect numerous other sectors, including legal services, notaries, data storage, energy and transport.

entre concorrentes. Neste sentido, observam Maggiolino e Zoboli: “[...] em uma blockchain pública, qualquer pessoa pode participar potencialmente na redução do risco de conluio e comportamento excludente, enquanto em modelos privados o risco de comportamento anticompetitivo é aparentemente elevado.”¹⁵ (2020, p. 3. Tradução nossa).

Schrepel e Buterin (2020) apresentam alguns questionamentos para nos permitir avaliar o impacto de uma rede blockchain sobre a concorrência: a blockchain é pública ou privada? Se for privada, quais são os mecanismos para impedir a recusa de acesso a novos interessados? Os controladores dessa rede têm uma estrutura equivalente à das empresas centralizadas? Se for pública, existem barreiras à entrada de um novo entrante? Qual é o mecanismo de consenso e como é a estrutura de proteção da rede contra ataques?

Quando tratamos de uma blockchain privada, ou seja, cujo acesso é fechado, podemos nos deparar com uma dificuldade a mais na identificação e apuração da ilicitude: o sigilo e até mesmo o anonimato das informações que estarão restritas aos usuários autorizados da blockchain.

Neste caso, a apuração das infrações poderá depender de delação por meio de programa de leniência ou de denúncia por parte de terceiro, por exemplo um concorrente, que tenha, de alguma forma, tomado ciência da prática ilícita. A Lei 12.529/2011 (BRASIL, [2023]) prevê no seu artigo 86 a possibilidade do acordo de leniência como meio de comprovar a ocorrência de infração da ordem econômica e identificar os envolvidos. Por meio do acordo de leniência, o autor de infração que colabora com as investigações e o processo poderá ter sua punibilidade extinta ou a pena reduzida em até 2/3.

15 [...] in a public blockchain anyone can potentially participate in reducing the risk of collusive and exclusionary behaviour, while in private models the risk of anti-competitive behaviour is apparently high.

5. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Ao analisar aspectos relativos à regulação de criptomoedas, Schrepel (2020) considera haver uma relação proporcional entre a difusão do interesse e do uso das criptomoedas com o interesse regulatório sobre as novas práticas que tende a aumentar em nível global.

No trabalho de Weinstein, vemos a enumeração de três questões centrais para a regulação da concorrência em relação à tecnologia blockchain:

[...] como equilibrar a promessa da blockchain de aumentar a concorrência com as preocupações com o mercado e a segurança do consumidor; o nível apropriado de descentralização do mercado para encorajar ou tolerar; e como promover requisitos de padronização, acesso aberto e não discriminação em redes blockchain. [...] como modelo para sugerir que os reguladores financeiros devem empregar uma regra padrão que promova a competição baseada em blockchain estruturada em acesso aberto e não discriminação, a menos que as entidades possam provar que um determinado aplicativo é inseguro para os consumidores ou a economia.¹⁶ (WEINSTEIN, 2020, p. 24. Tradução nossa).

Com relação à tecnologia blockchain, podemos pressupor alguns impactos positivos como:

16 [...] how to balance blockchain's promise of increased competition against concerns for marketplace and consumer safety; the appropriate level of market decentralization to encourage or tolerate; and whether and how to promote standardization, open-access, and non-discrimination requirements on blockchain networks. [...] as a model to suggest that financial regulators should employ a default rule promoting blockchain-based competition structured around open access and non-discrimination unless entities can prove that a particular application is unsafe for consumers or the economy.

A tecnologia blockchain, ao permitir que os agentes econômicos verifiquem as transações e seus atributos sem a mesma necessidade de confiança ou verificação de terceiros, muda fundamentalmente o funcionamento dos marketplaces. Isso é particularmente relevante para mercados digitais. A tecnologia blockchain reduz o custo de verificação de informações digitais, mas não reduz o custo de verificação de informações offline.¹⁷ (CATALINI; TUCKER, 2018, p. 1. Tradução nossa).

Nessa hora, a própria tecnologia atua como uma camada de regulação do mercado. A forma como o algoritmo funciona e a organização da rede em que ele opera ditam uma modalidade de organização do mercado, favorecendo uns e desfavorecendo outros. De outro lado, junto com as mudanças que a própria tecnologia traz para o funcionamento do mercado, o ordenamento jurídico também estabelece uma camada de regulação paralela à ditada pela técnica.

Um dos grandes dilemas enfrentados nesse momento é em relação ao quanto de liberdade deve ser concedida ao desenvolvimento e implantação da tecnologia blockchain. A questão que se coloca, então, é: o que é mais valioso a cada momento, promover o desenvolvimento tecnológico ou proteger a concorrência futura? Cremos que para solucionar essa questão é necessária a democracia como pressuposto e que esteja disponível uma base informacional sólida a fim de orientar as decisões das autoridades constituídas. Formas de participação popular e dos agentes do mercado, como as consultas públicas, são instrumentos bem-vindos nessa construção de uma regulação da concorrência em relação a novas tecnologias.

A regulação do mercado não é somente útil e boa. Quando olhamos para o direito sob a perspectiva da Análise Econômica do

¹⁷ Blockchain technology, by allowing economic agents to verify transactions and their attributes without the same need for trust or third-party verification, fundamentally changes how marketplaces operate. This is particularly relevant for digital marketplaces. Blockchain technology lowers the cost of verifying digital information but does not lower the cost of verifying offline information.

Direito, constatamos que o sistema jurídico pode funcionar como um sistema de estímulos, positivos ou negativos, para a conduta humana. Deste modo, o direito pode estimular ou desestimular práticas dos agentes econômicos - indivíduos ou empresas - no mercado.

Ronald Coase (1994) demonstra que, quando os custos de transação são altos, a fixação de regras pelo Estado ou pelo contrato é uma solução eficiente, ou seja, menos onerosa. A norma jurídica, ao trazer segurança jurídica, reduz as incertezas de quem atua no mercado, facilitando, pelo menos de certa forma, a tomada de decisões.

Neste sentido, a Lei pode ser um instrumento eficiente numa perspectiva econômica, por reduzir custos de transação. Conforme o pensamento desenvolvido por Schrepel e Buterin: “O Estado de direito ajuda nesse sentido, permitindo que cada agente se vincule aos outros contratualmente. [...] As leis podem ajudar a criar confiança, incentivando os co-contratados a cumprir suas respectivas obrigações. [...] isso transforma transações em jogos cooperativos [...]”¹⁸ (2020, p. 3. Tradução nossa).

O desenvolvimento de novas tecnologias, muitas vezes, envolve custos elevados. Justamente por isso, o sistema de patentes é justificado como um meio de estimular a inovação tecnológica permitindo ao detentor da patente recuperar o investimento no período em que o ordenamento jurídico lhe assegura a exclusividade. Contudo, há outros caminhos possíveis e um deles, que é muito presente no mercado de software, é o do desenvolvimento colaborativo por meio das licenças de código aberto.

Considerando que as normas jurídicas funcionam como estímulos e os estímulos podem ser positivos ou negativos, quando pensamos a regulação da blockchain, vem a advertência de Schrepel e Buterin: "Blockchains criam confiança entre as partes contratantes ao

18 The rule of law helps in that regard by allowing each player to bind the others contractually. [...] Laws can help create trust by incentivizing the co-contractors to comply with their respective obligations. [...] this transforms transactions into cooperative games [...]

nível individual, [...] também ajudam no aumento da descentralização; [...] Blockchains só podem complementar o antitruste se as restrições legais não impedirem seu desenvolvimento.”¹⁹ (2020, p. 2. Tradução nossa).

Nazzini detalha os riscos que a regulação pode trazer sobre a própria concorrência:

A fixação de normas também pode, no entanto, em circunstâncias específicas, dar origem a efeitos restritivos sobre a concorrência. Isso pode ocorrer através de três canais principais. Em primeiro lugar [...] isto poderia reduzir ou eliminar a concorrência de preços nos respectivos mercados, facilitando assim um resultado colusivo no mercado [...] rigorosos protocolos de compliance garantindo que nenhuma informação sensível relacionada aos serviços para os quais o aplicativo será usado seja compartilhada. Em segundo lugar, as normas que estabelecem especificações técnicas detalhadas para um produto ou serviço podem limitar o desenvolvimento técnico e a inovação. [...] Uma vez que uma tecnologia tenha sido escolhida e o padrão tenha sido estabelecido, tecnologias e empresas concorrentes podem enfrentar uma barreira à entrada e podem ser potencialmente excluídas do mercado. [...] Se uma empresa for totalmente impedida de ter acesso ao resultado da norma ou só tiver acesso em condições proibitivas ou discriminatórias, existe o risco de efeito anticompetitivo. Fornecer acesso à norma em termos justos, razoáveis e não discriminatórios é geralmente uma solução para este problema.²⁰ (NAZZINI, 2018, p. 5. Tradução nossa).

¹⁹ Blockchains create trust between contracting parties at the individual level, [...] also help in increasing decentralization; [...] Blockchains can only supplement antitrust if the legal constraints do not impede their development.

²⁰ Standard-setting can, however, in specific circumstances, also give rise to restrictive effects on competition. This can occur through three main channels. First [...] this could reduce or eliminate price competition in the markets concerned, thereby facilitating

Os benefícios que a tecnologia pode gerar, muitas vezes, justificam algumas restrições à concorrência. A Lei 12.529/2011, em seu artigo 36, § 6º, I, c, estabelece o desenvolvimento tecnológico como um fim idôneo a justificar uma concentração econômica (BRASIL, [2023]). Contudo, Thomas M. Jorde e David J. Teece (1992) concordam que a estrutura do mercado influi pouco, para que haja inovação. No mesmo sentido, Esteban Fernández Sánchez (1996) destaca que a relação entre estrutura e inovação não é determinante. Logo, a inovação não deveria ser vista como uma justificativa irrestrita para a ocorrência de restrições à livre concorrência, mas aqui também a razoabilidade se exige.

Como David M. Hart registra, a experiência antitruste dos Estados Unidos da América mostra que a inovação é um dentre outros fins que se busca alcançar pela regulação da concorrência. Segundo o autor: “[...] historicamente, a inovação tem sido apenas um dos muitos objetivos da política antitruste e não necessariamente o mais importante.”²¹ (HART, 2001, p. 925. Tradução nossa).

Com relação aos efeitos positivos da blockchain, Stella salienta que “O ponto-chave da revolução da blockchain está na desintermediação da informação que até então dependia de uma autoridade central para validação, que pode ser criada a partir de algoritmos que não requerem a colaboração de nenhuma pessoa quando são atendidos os requisitos prescritos no seu código.” (2017, p. 154). Ao que se soma a contribuição de Pike e Capobianco: “Como muitas novas tecnologias anteriores, a blockchain cria uma oportunidade para reduzir preços,

a collusive outcome on the market. [...] strict compliance protocols ensuring that no sensitive information relating to the services for which the application will be used is shared. Second, standards that set detailed technical specifications for a product or service may limit technical development and innovation. [...] Once one technology has been chosen and the standard has been set, competing technologies and companies may face a barrier to entry and may potentially be excluded from the market. [...] If a company is either completely prevented from obtaining access to the result of the standard or is only granted access on prohibitive or discriminatory terms, there is a risk of an anticompetitive effect. Providing access to the standard on fair, reasonable and non-discriminatory terms is generally a solution to this problem.

21 [...] innovation has historically been only one of many objectives of antitrust policy and not necessarily the most important one.

melhorar a qualidade e interromper o poder de mercado das empresas estabelecidas.”²² (2020, p. 14. Tradução nossa).

Diante da neutralidade da tecnologia, podemos ver aspectos positivos e negativos da blockchain. Uma das características da blockchain que mais recebe adjetivos positivos é a descentralização. Essa descentralização da blockchain é considerada uma alternativa à estrutura das plataformas centralizadas (MASSAROTTO, 2019; SCHREPEL; BUTERIN, 2020; e PIKE; CAPOBIANCO, 2020).

Existem questionamentos sobre a extensão da descentralização em face da regulação da concorrência. Weinstein (2020) entende que a descentralização da blockchain pode dificultar a efetividade das medidas governamentais na repressão a abusos.

Por sua vez, Schrepele e Buterin entendem que a “descentralização ideal” é componente essencial da regulação eficiente, mas não esclarecem qual é a medida ideal: “[...] embora novas práticas anticompetitivas sejam criadas ao longo do caminho, seu impacto negativo será superado quando a blockchain for projetado para garantir a descentralização ideal.”²³ (2020, p. 11. Tradução nossa). Para os autores, “Quando a blockchain é pública, resistente aos ataques mais conhecidos e de uso gratuito, maximiza a descentralização. De fato, esse tipo de blockchain é ideal para complementar a lei antitruste ao garantir a descentralização do poder econômico coercitivo, no mínimo, nessas situações que descrevemos em que a lei não se aplica.”²⁴ (SCHREPEL; BUTERIN, 2020, p. 8. Tradução nossa).

Nazzani procura estabelecer uma relação entre descentralização e estrutura do mercado:

22 Like many new technologies before it, blockchain creates an opportunity to reduce prices, improve quality, and disrupt the market power of incumbent firms.

23 [...] although new anticompetitive practices will be created along the way, their negative impact will be outweighed when blockchain is designed to ensure optimum decentralization.

24 When the blockchain is public, resistant to the most well-known attacks, and free to use, it maximizes decentralization. In fact, this type of blockchain is optimal to supplement antitrust law in ensuring decentralization of coercive economic power, at the very least, in these situations we have described where the law does not apply.

Não pode haver blockchain sem um determinado grau de transparência. A questão é quanta transparência é necessária para que o aplicativo blockchain em análise funcione e quanta informação pode, em vez disso, ser ocultada com segurança. E tudo será uma questão de grau. Em um mercado altamente concentrado com produtos homogêneos, se as informações de transação individualizadas forem compartilhadas através de uma blockchain, pode haver preocupações com a concorrência. Mas em um mercado altamente fragmentado, a eficiência das transações de blockchain, a liquidez e os benefícios da transparência ao consumidor geralmente compensam qualquer risco potencial de que o aumento da transparência possa dar origem a conluio.²⁵ (NAZZINI, 2018, p. 8-9. Tradução nossa).

Outra característica que podemos explorar é a do anonimato. O anonimato, como é próprio da estrutura da blockchain do Bitcoin, é um meio que enfatiza muito a liberdade individual, mas um sistema estruturado no anonimato pode dificultar ações repressivas das autoridades (WEINSTEIN, 2020).

Como o direito da concorrência nos remete a uma análise concreta para a aplicação da Lei, em busca das bases necessárias a isso, precisamos compreender algumas dimensões em relação à concorrência e que sejam características dessa nova realidade: a blockchain.

25 There can be no blockchain without a given degree of transparency. The question is how much transparency is required for the blockchain application under review to work and how much information can, instead, be securely blacked out. And all will be a matter of degree. On a highly concentrated market with homogenous products, if individualised transaction information is shared through a blockchain, then there may well be competition concerns. But on a highly fragmented market, the efficiency of blockchain transacting, liquidity and consumer benefits of transparency will generally offset any potential risk that increased transparency may give rise to collusion.

6. A BLOCKCHAIN E OS RISCOS PARA A CONCORRÊNCIA

O desabrochar de uma nova tecnologia traz esperanças, mas também vem acompanhado de incertezas. Essas incertezas se irradiam em diversas direções e uma delas diz respeito ao que se faz no mercado em termos de respeito à legislação de defesa da concorrência.

Diante da juventude da tecnologia blockchain e da sua utilização em criptomoedas a começar pelo Bitcoin que foi apresentado ao mundo em 2008 (NAKAMOTO, [2008?]), muitas questões relativas à sua regulação e seus efeitos sobre o mercado ainda estão sendo construídas e desafiam a reflexão de investidores, empresários, consumidores e autoridades regulatórias por todo o mundo.

No Brasil, quando se pensa em blockchain e criptomoedas, os primeiros órgãos com competências regulatórias a se manifestarem estabelecendo alguma regulamentação foram a Secretaria da Receita Federal (SRF), o Banco Central do Brasil (BCB) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Neste sentido, vemos a Instrução Normativa nº 1.888/2019 da SRF que equipara as criptomoedas a ativos financeiros e estabelece a obrigatoriedade da declaração; o Comunicado 31.379/2017 do BCB pelo qual se faz um alerta sobre os riscos das criptomoedas e estabelece o início do registro da mineração de criptomoedas no balanço externo; e, em 2018, a CVM se manifestou sobre as ICOs (Initial Coin Offerings). Nessa abordagem ainda descentralizada, temos a tecnologia ora equiparada a ativos financeiro, as criptomoedas, ora vista como um valor mobiliário, os criptoativos (KROSKA, 2019; TEIDER, 2019).

Um modelo regulatório que se tem aplicado até o momento se baseia na concepção de *sandbox* (literalmente, caixa de areia). Essa é uma abordagem adotada por entes reguladores utilizada com o escopo de diminuir os custos de transação (COASE, 1994) por meio da garantia de uma liberdade inicial para o desenvolvimento de uma tecnologia e, assim, possibilitar a inovação e sua aplicação no mercado.

Ao mesmo tempo que essa liberdade é importante para promover o desenvolvimento tecnológico, hoje se questiona até onde deve ir,

diante dos efeitos da atuação no mercado das gigantes da tecnologia (as big techs), ou seja, agentes como Amazon, Facebook (Meta) ou Google.

De acordo com estudo produzido pelo Governo do Reino Unido, o país “[...] deve adotar uma abordagem voltada para o futuro que crie e aplique um conjunto claro de regras para limitar as ações anticompetitivas das plataformas digitais mais significativas, ao mesmo tempo em que reduz as barreiras estruturais que atualmente dificultam a concorrência efetiva.”²⁶ (REINO UNIDO, 2019, p. 8. Tradução nossa).

Neste sentido, por exemplo, vemos o movimento dos órgãos de execução da política antitruste norte-americana tentando conter a liberdade anteriormente concedida e reverter efeitos negativos sobre o mercado e o cidadão em relação especificamente ao Facebook. Em agosto de 2021 a Comissão Federal do Comércio (FTC) emendou a inicial de ação movida perante a Corte Distrital do Distrito de Colúmbia contra Facebook, Inc.. Nessa fase da ação, a FTC questiona a liberdade, ou os efeitos da liberdade concedida ao Facebook quando da aquisição do Instagram e do Whatsapp, pois a operação levou à eliminação da concorrência nos mercados específicos. Por isso, a FTC requereu a condenação do Facebook pela prática de ilícito antitruste e, como pena, dentre outras, a alienação do Instagram e/ou do Whatsapp (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2021).

Aqui está um grande desafio da implementação de uma política de defesa da concorrência em face da necessidade de promoção da inovação: como fiscalizar e até onde deixar o mercado livre?

Especialmente em relação à blockchain, muitos usos ainda estão sendo pensados e soluções desenvolvidas. A partir de sua inserção no mundo dos negócios e na vida do cidadão, muitas questões jurídicas novas ainda serão suscitadas. Porém, nosso tema de interesse é a dimensão concorrencial do uso da blockchain.

26 [...] should take a forward-looking approach that creates and enforces a clear set of rules to limit anti-competitive actions by the most significant digital platforms while also reducing structural barriers that currently hinder effective competition.

As criptomoedas e criptoativos suscitam questões novas aos órgãos encarregados de aplicar a legislação de defesa da concorrência ou antitruste. Surgem questionamentos sobre a ilegalidade praticada em ofensa ao princípio da liberdade de concorrência em novos mercados oriundos das novas tecnologias ou também em mercados que afetam as novas práticas que se estabelecem a partir das inovações em questão.

Embora a blockchain ainda tenha um grande potencial inexplorado e não tenhamos a pretensão de esgotar as possibilidades, podemos projetar os impactos da tecnologia blockchain sobre a liberdade de concorrência do seguinte modo:

- 1) Impacto quanto à produção e desenvolvimento de aplicações que tenham por base a blockchain:
 - a. Restrições praticadas no mercado de desenvolvimento da blockchain e de aplicações que a usem.
 - b. Restrições praticadas no mercado de insumos para o desenvolvimento, como hardware, energia ou redes de comunicação de dados que poderiam ser consideradas infraestruturas essenciais ao desenvolvimento e uso de aplicações blockchain.
- 2) Impacto quanto ao uso da tecnologia envolvendo restrições em mercados afetados pela blockchain e pelas aplicações que tenham por base uma tecnologia blockchain, por exemplo:
 - a. mercados de serviços financeiros, câmbio e investimentos.
 - b. mercados de consolidação de pagamentos.
 - c. mercados de registro público.
 - d. mercados de serviços jurídicos, como no caso da execução de contratos por meio da conjugação da tecnologia blockchain e de contratos inteligentes.
 - e. mercados de plataformas como Airbnb, Uber, Mercado Livre, Aliexpress.

O caráter inovador da tecnologia blockchain certamente nos mostrará outros usos e outros desafios.

Podemos, então, destacar alguns pontos de tensão entre a inovação trazida pela blockchain e a liberdade de concorrência no mercado. Essa tensão poderá se manifestar tanto no plano das relações verticais quanto no plano das relações horizontais.

No plano das relações verticais, as empresas atuam em mercados que se complementam dentro de uma ideia de cadeia de produção, indo desde a extração de um recurso natural até a prestação de um serviço ou fornecimento de produto a um consumidor final. Ou seja, neste caso, teríamos as relações entre, de um lado, sujeitos que atuam com a blockchain, por exemplo, oferecendo no mercado um serviço que utilize a blockchain em sua prestação, e, de outro lado, sujeitos que atuam num mercado de insumos ou num mercado afetado pelos serviços em questão.

No plano vertical, os ilícitos poderiam se expressar por:

1. limitação ao acesso a insumos.
2. limitação ao acesso a serviços que permitam o uso de aplicações.

Por sua vez, no plano horizontal, ou seja, entre concorrentes que disputam o mercado por ofertarem produtos ou serviços equivalentes ou que se substituem pela perspectiva da demanda, as principais preocupações que a blockchain traz para o direito da concorrência são em relação às combinações entre concorrentes ou as condutas unilaterais de um agente econômico que impediria:

1. acesso a terceiros ao mercado de desenvolvimento de aplicações baseadas em blockchain.
2. acesso ao mercado de insumos, como hardware, comunicações ou energia.
3. acesso aos mercados de produtos ou serviços em que uma blockchain seja empregada.

Nestes casos, um concorrente já estabelecido ou um grupo de concorrentes impediria a entrada no mercado de um novo agente,

lesando, deste modo, a liberdade de concorrência, por erguer barreiras à entrada.

Ainda no plano horizontal, poderíamos verificar também outras combinações entre concorrentes que afetem os preços ou condições de oferta de produtos ou serviços no mercado.

Também vemos que a tecnologia pode desempenhar um papel útil no esforço estatal de defesa da concorrência, conforme tratado na Nota Técnica do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) nº 1 de 2022 no Processo 08700.001776/2022-85. A blockchain pode colaborar com a atuação dos órgãos de defesa da concorrência uma vez que se poderia estabelecer mecanismos de acesso a informações das empresas através de uma rede de blockchain: “Parece-me que o blockchain poderia ajudar aqui, garantindo que todas as empresas tenham um banco de dados seguro e possam realmente fornecer às agências acesso a seus blockchains privados.” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2022).

7. CONCLUSÃO

Há sobre a tecnologia blockchain uma expectativa de que seus efeitos sejam transformadores de como utilizamos a internet e nos relacionamos no mercado. Buscamos analisar questões relativas ao direito concorrencial ou antitruste diante desse potencial transformador.

O direito se interessa pelo uso e pelos efeitos do uso da tecnologia e funciona como um sistema de estímulos (positivos ou negativos) capazes de impactar nas escolhas relativas ao desenvolvimento tecnológico e ao uso da tecnologia.

No direito da concorrência, diante da inovação representada pela blockchain, a delimitação entre lícito e ilícito dependerá da análise concreta por parte das autoridades antitruste. Essa análise se escorará nas regras vigentes e nos precedentes do direito antitruste. Apesar de seu potencial transformador, o direito e o direito da concorrência são

capazes de se adaptar às mudanças tecnológicas e às transformações da realidade.

A blockchain pode ser um meio para a prática de condutas anticoncorrenciais. A estrutura da blockchain poderá consistir num ambiente mais propício à concorrência ou em que determinadas práticas ilícitas ocorram com mais facilidade. É possível que a blockchain seja um meio ou vetor para a prática de infrações verticais e horizontais. Além disso, diante da neutralidade própria da tecnologia, a blockchain poderá ser também uma ferramenta útil ao esforço público de promoção da concorrência.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. Transformação dos sistemas positivos a descodificação do direito civil brasileiro. **Revista O Direito**. Lisboa, 1997, Ano 129 I-II. p. 29-51.

ANDERMAN, Steven D.. **EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation**. New York, USA: Oxford University Press Inc., 2001.

ASSUNÇÃO, Bruno Lucas Oliveira. Lex mercatoria e moedas virtuais: contribuições para o desenvolvimento de uma nova lei de mercado. In: CHAVES, Natália Cristina (Org.). **Direito, tecnologia e globalização**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. p. 175-195. E-book. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_7bfbac-5cb7ab44c6a273222e2124d043.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Brasília, DF, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

CATALINI, Christian; TUCKER, Catherine E., Antitrust and Costless Verification: An Optimistic and a Pessimistic View of the Implications of Blockchain Technology (June 19, 2018). **MIT Sloan Research Paper No. 5523-18**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3199453>. Acesso em: 30 maio 2020.

COASE, Ronald H.. **La Empresa, el Mercado y la Ley**. Versão espanhola de Guillermo Concome y Borel; revisão técnica de Carlos Newland e Silvia Tedesco. Madri, Espanha: Alianza Editorial, 1994.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo nº 08700.001776/2022-85**. NOTA TÉCNICA Nº 1/2022/SESI/CGTI/DAP/CADE. Brasília, DF, 2022. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddbn8qaZ991F-1CQjxX1sn5uk_yOwNT4dVJgxqugoOsO0ke4riuFpItqJCVsI5lTm4J-k6T-ja9jngrcPp2-Mfs_Ne. Acesso em: 06 jun. 2022.

EASTERBROOK, Frank H.. Cyberspace and the Law of the Horse. **University of Chicago Legal Forum**. Chicago, Illinois, EUA, n. 207, a. 1996, p. 207-216, 1996. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2147&context=journal_articles. Acesso: 19 maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte Distrital do Distrito de Colúmbia. **Federal Trade Comission v. Facebook Inc.**. Processo nº: 1:20-cv-03590-JEB, 2021. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/ecf_75-1_ftc_v_facebook_public_redacted_fac.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

FERNÁNDEZ SANCHÉZ, Esteban. **Innovacion, Tecnologia y Alianzas Estratégicas: Factores clave de la competencia**. Madri, Espanha: Editorial Oviedo, 1996.

HART, David M.. Antitrust and technological innovation in the US: ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890-2000. **Research Policy**, n.30, p.923-36, Elsevier Science, 2001. Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br>. Acesso em: 17 set. 2001.

JORDE, Thomas M., TEECE, David J.. **Antitrust, Innovation, and Competitiveness**. New York: Oxford, 1992. “Introduction”, p. 5-27.

KROSKA, Renata Caroline. EXCHANGES DE CRIPTOMOEDAS X BANCOS: uma questão de direito concorrencial? *In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL* Seção do Paraná. Escola Superior de Advocacia.

Direito e Inovação: Criptoativos, Fintechs, Online Disput Resolution (ODR), Análise de Dados e Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados e Privacidade. Vol. 1. Curitiba, Paraná: Ordem dos Advogados do Brasil: Seção Paraná, 2019. p. 73-88. E-book. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Direito-e-Inova%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.

MAGGIOLINO, Mariateresa; ZOBOLI, Laura. **Antitrust Law and Blockchain(s):** Preparing the Field, march 1, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3570887>. Acesso em: 30 maio 2020.

MASSAROTTO, Giovanna, **From Digital to Blockchain Markets:** What Role for Antitrust and Regulation. p. 1-22, jan. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3323420>. Acesso: 30 maio 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: Plano de existência.** São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553611898. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611898/>. Acesso em: 02 Ago 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. **Bitcoin:** A peer-to-peer electronic cash system. [S. l.]: [2008?]. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 23 maio 2019.

NAZZINI, Renato. The Blockchain (R)evolution and the Role of Antitrust, sep. 28, 2018. **King's College London Law School Research Paper No. 2019-20.** Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3256728>. Acesso em: 30 maio 2020.

OCDE. **Blockchain Technology and Competition Policy:** Issues paper by the Secretariat. 2018. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)47/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)47/en/pdf). Acesso em: 13 ago. 2022.

PIKE, C.; CAPOBIANCO, A.. **Antitrust and the trust machine.** OECD, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/antitrust-and-the-trust-machine-2020.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

RABELLO, Lucas; SANTOS, Otávio Augusto Andrade. Influência da tecnologia nos modelos de arbitragem atual: da internet ao blockchain. In: CHAVES, Natália Cristina (Org.). **Direito, tecnologia e globalização**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. p. 196-225. E-book. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_7bfbac5cb7ab44c6a273222e2124d043.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. segunda edición copiosamente aumentada, México: Editorial Porrúa, S.A., 1973.

REINO UNIDO. Painel de especialistas em competição digital. **Unlocking digital competition**: report of the Digital Competition Expert Panel. Londres: Crown, 2019. E-book. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

SCHREPEL, Thibault; BUTERIN, Vitalik, **Blockchain Code as Antitrust**. p. 1-11, maio, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3597399>. Acesso: 30 maio 2020.

SCHREPEL, Thibault. **How blockchain will upend competition law**. jul. 2018. Disponível em: <http://leconcurrentialiste.com/wp-content/uploads/2018/07/blockchain-upend-competition-law.pdf>. Acesso: 30 maio 2020.

SCHREPEL, Thibault. Libra: A Concentrate of “Blockchain Antitrust”. **Michigan Law Review Online**, 118 Mich. L. Rev. Online. 160, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3574684>. Acesso: 30 maio 2020.

SOUZA, Cristovam Santos; OLIVEIRA, Gabriela Brandão Arrouk de; MICHELIN, Sabrina. Análise econômica e legal da Bitcoin. In: CHAVES, Natália Cristina (Org.). **Direito, tecnologia e globalização**.

Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019. p. 138-174. E-book. Disponível em: https://www.editorafi.org/_files/ugd/48d206_7bfbac5cb7ab44c6a-273222e2124d043.pdf. Acesso em: 12 fev. 2020.

STELLA, Julio Cesar. Moedas Virtuais no Brasil: como enquadrar as criptomoedas. **Revista da PGBC**, V. 11, N. 2, Dez. 2017. p. 149-162. Disponível em: <https://revistapgbc.bcb.gov.br/revista/issue/download/26/A9%20V.11%20-%20N.2>. Acesso em: 13 ago. 2022.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution**: Como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: SENAI-SP Editora, 2016.

TEIDER, Josélio Jorge. A tutela das instituições financeiras brasileiras em face aos riscos envolvidos no investimento em criptomoedas e das initial coin offerings (ICO's). In: ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL Seção do Paraná. Escola Superior de Advocacia. **Direito e Inovação**: Criptoativos, Fintechs, Online Disput Resolution (ODR), Análise de Dados e Inteligência Artificial e a Lei Geral de Proteção de Dados e Privacidade. Vol. 1. Curitiba, Paraná: Ordem dos Advogados do Brasil: Seção Paraná, 2019. p. 102-113. E-book. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Direito-e-Inova%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.

WEINSTEIN, Samuel. Blockchain Neutrality, feb. 20, 2020. **Georgia Law Review**, Forthcoming. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3540537>. Acesso em: 30 maio 2020.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 4. ed., London, UK: Butterworths, 2001.

2. A EMPRESA E O ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO²⁷

Eduardo Henrique de Oliveira Barbosa²⁸

RESUMO: A importância das empresas para a sociedade é incontestável. Sem elas haveria considerável redução na quantidade de bens, serviços e recursos disponíveis no mercado, impactando negativamente a vida do indivíduo. Diante desta importância, a proteção da empresa passou a estar prevista em dispositivos normativos. Neste sentido, este artigo se preocupa em analisar a aplicação da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, proposta pelo então Ministro Luiz Edson Fachin, às pessoas jurídicas. Como consequência da aplicação da teoria, analisa-se uma possível extensão dos direitos fundamentais às empresas e como os principais direitos fundamentais se aplicariam a elas. Acredita-se que a teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo é de grande importância para a manutenção de empreendimentos, haja vista garantir um mínimo patrimonial, composto por direitos e garantias imprescindíveis ao bom funcionamento da pessoa jurídica. Desta forma as empresas são preservadas e a sociedade beneficiada direta e indiretamente pela movimentação de bens, serviços e recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Direito e tecnologia; Empresa; Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.

27 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 e é resultado de pesquisas desenvolvidas pelo autor no grupo de pesquisa “Núcleo de Direito Societário”.

28 Doutorando e Mestre em Direito pela PUC Minas. Bolsista CAPES/PROEX no programa de pós-graduação em Direito Privado da PUC Minas. Advogado. E-mail: ehobarbosa@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas, desenvolvidas para facilitar a criação e a circulação de bens e serviços, desempenham papel imprescindível para a sociedade. Nesta perspectiva, é importante adotar medidas que favoreçam sua criação e conservação, uma vez que, diante da ampla gama de relações estabelecidas pelo empresário, o seu fracasso poderá prejudicar diversas pessoas que dependam do empreendimento direta ou indiretamente.

Importante mecanismo de preservação da empresa é a aplicação da teoria do patrimônio mínimo, cuja proteção não se restringe a parcela do patrimônio econômico, tratando de proteger também direitos e garantias estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), como os direitos fundamentais. Por muito tempo se discutiu qual seria o âmbito de aplicação dos direitos fundamentais, se apenas pessoas naturais estariam submetidas à sua proteção ou se seria possível estendê-lo às pessoas jurídicas.

Este artigo se preocupa em analisar a submissão das pessoas jurídicas à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, proposta pelo então Ministro Luiz Edson Fachin. Como consequência da aplicação da teoria, analisa-se uma possível extensão dos direitos fundamentais às empresas e como os principais direitos fundamentais se aplicariam a elas.

A fim de esclarecer a temática abordada, o presente artigo foi dividido em três grandes tópicos. A princípio, trata-se da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. Em seguida, a extensão dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas é abordada. Por fim, reservou-se um capítulo à análise dos principais direitos fundamentais aplicáveis às empresas e sua importância para o empreendimento, destacando julgados relacionados, quando possível.

Acredita-se que a submissão das empresas ao estatuto jurídico do patrimônio mínimo é de grande importância para a manutenção de empreendimentos, haja vista garantir um mínimo patrimonial, de direitos e garantias imprescindíveis ao bom funcionamento da pessoa

jurídica, como os direitos fundamentais. Desta forma as empresas são preservadas e a sociedade beneficiada direta e indiretamente pela movimentação de bens, serviços e recursos.

2. ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

Ao ouvir o termo patrimônio, é comum que a memória leve a pensamentos relacionados à bens, como casas e carros, e por muito tempo esse termo esteve de fato relacionado aos bens materiais adquiridos por certa pessoa.

Fachin (2006, 42 e 43) explica que em meados do século XIX o patrimônio era visto como responsável por proteger o indivíduo frente ao Estado, compreendido como bens submetidos à vontade de seu titular. Aos poucos esta compreensão mudou, o patrimônio se tornou instrumento de atuação econômica e, portanto, desvinculado de seu proprietário, nesse momento passou a ser visto como garantia das negociações assumidas, protegendo terceiros da possível inadimplência cometida por seu detentor.

Hoje, o patrimônio de uma pessoa não pode mais ser entendido apenas como composto por bens, sejam eles móveis ou imóveis. É preciso estabelecer compreensão ampla sobre o tema, capaz de abranger, além da propriedade, direitos e obrigações que são inerentes à pessoa, estabelecidos socialmente. Neste sentido, Fachin esclarece como o patrimônio mínimo deve ser quantificado, devendo ser “mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada” (FACHIN, 2006, p. 01).

Faz-se importante destacar que o patrimônio mínimo a que se faz referência não possui aplicação restrita às pessoas naturais, pelo contrário, a citada teoria também se aplica às pessoas jurídicas. Em se tratando de empresas, há que destacar sua função social e a teoria da preservação da empresa.

Ao ser constituída, a empresa se torna parte do mercado e não pode mais ser considerada individualmente. Seu sucesso e existência

impacta não só aqueles que a constituíram, mas também todas as pessoas que direta ou indiretamente a ela estão conectadas. Mamede também defende a importância da empresa para o mercado e destaca terceiros que indiretamente são beneficiados pelo exercício da atividade econômica organizada ao tratar da riqueza por ela gerada:

Essa riqueza, por certo, beneficia o empresário e os sócios da sociedade empresária, por meio da distribuição dos lucros. Mas beneficia igualmente todos aqueles que estão direta e indiretamente envolvidos: não só os empregados, mas os fornecedores (e seus empregados, que têm trabalho), os clientes (outras empresas ou consumidores, que têm bens e serviços à sua disposição), o próprio mercado, que ganha com a concorrência entre as diversas empresas, bem como com a complexidade dos produtos – bens e serviços – que o compõem, o Estado, com os impostos, a região em que a empresa atua, com os benefícios decorrentes da circulação de valores etc. (MAMEDE, 2022, p. 437)

Ao iniciar e dar continuidade em suas atividades, as empresas precisam assumir ampla gama de relações jurídicas. Dessa forma, criam conexões com diversas áreas da sociedade, daí se extrai que a empresa exerce uma função na sociedade, que podem ser prejudicadas caso o empreendimento encerre suas atividades.

Decorre do princípio da função social da empresa outro princípio igualmente importante, trata-se do princípio da preservação da empresa.

[...] tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais, que não só prejudica o empresário ou sociedade empresária,

prejudica todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado (MAMEDE, 2022, p. 437).

O princípio da preservação da empresa segue o mesmo raciocínio da função social da empresa. Diante da importância apresentada pelo empreendimento para a sociedade como um todo, opta-se pela adoção de diretrizes que preservem sua existência e por consequência, evitem o seu encerramento. É neste sentido que se preserva parte do patrimônio de pessoas naturais ou jurídicas quando inadimplentes, afirma Fachin:

Em atenção às necessidades mínimas do devedor não querendo reduzi-lo a uma situação incompatível com a dignidade humana ou servindo às conveniências do interesse comum, de não inutilizar uma empresa, a lei declara impenhoráveis determinados bens. São coisas ou bens protegíveis (FACHIN, 2006, p. 197).

A título de exemplo, é se esforçando em cumprir estes princípios que a legislação apresenta ao empresário com dificuldades para manter seu empreendimento a recuperação judicial. Medida que apresenta regime favorável à renegociação de dívidas e à readequação do negócio a fim de torná-lo saldável novamente. Destaca-se que a medida possui como finalidade a recuperação do empreendimento, isso não significa que o empresário não possa se beneficiar com os resultados da medida, mas apenas que eventuais privilégios o atingirão de forma reflexa.

Importante afirmar que os dois princípios podem ser citados como exemplos da aplicação do estatuto jurídico do patrimônio mínimo no âmbito empresarial, pois estabelecem medidas que buscam garantir um mínimo à existência dos empreendimentos, não apenas econômico, mas também um mínimo de direitos, como a possibilidade de solicitar o regime especial da recuperação judicial.

Existem diversos outros direitos passíveis de aplicação às pessoas jurídicas que podem ser apontados como exemplo da submissão da empresa ao estatuto jurídica do patrimônio mínimos, a saber os direitos fundamentais e outros, que ainda serão abordados neste artigo. Antes, porém, faz-se necessário demonstrar a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas, tema do próximo capítulo.

3. PESSOAS JURÍDICAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo “direitos fundamentais”, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, foram elaborados na França do século XVIII, durante a Revolução Francesa. Tais direitos aproximam-se dos Direitos Humanos, mas se diferem desses últimos em função do instrumento em que estão previstos.

Enquanto os Direitos Fundamentais encontram-se previstos na constituição de cada nação soberana, o que torna possível certa variação na norma adotada por diferentes países, os direitos humanos seriam aqueles previstos em tratados internacionais e, portanto, aplicados com maior uniformidade entre seus signatários.

Importante ressaltar que a presença de certo direito em um tratado internacional não impede sua inserção no texto constitucional. Deste modo, é possível e de certa forma comum que direitos humanos também estejam previstos entre os direitos fundamentais dos países, ação que reafirma o compromisso da nação para com a defesa e exercício do direito em questão.

Diferente do que se possa imaginar, a Revolução Francesa não deu origem a todos os direitos fundamentais instantaneamente. O desenvolvimento de tais direitos se deu de forma gradual e, organizados conforme surgiram, foram classificados em três grupos, associados ao lema adotado pela movimentação política e social da época, liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos relacionados à liberdade deram origem a direitos políticos e civis, classificados como de primeira geração. Apresentavam

como objetivo a proteção do cidadão frente a ingerência do estado, que viu seu poder de interferir na esfera do indivíduo limitado por tais regras.

Os direitos que surgiram em seguida relacionavam-se à igualdade e são conhecidos como de segunda geração. Nesta fase é possível perceber o desenvolvimento de direitos econômicos, sociais e culturais. É importante destacar que a efetivação da maioria destes direitos exigia recursos financeiros, nem sempre disponíveis, o que dificultou sua implantação plena.

A terceira e última geração vinculada ao lema da revolução francesa relaciona-se à fraternidade. Neste período da história foram criados direitos através dos quais se estabelece a proteção da coletividade e que não mais apresentam o indivíduo como centro da assistência proposta. Diante do novo âmbito de proteção criado, passaram a ser conhecidos como direitos transindividuais. A título de exemplo, este agrupamento apresenta direitos relacionados ao auxílio de países mais desenvolvidos a melhoria de países em desenvolvimento.

Apesar do lema da Revolução Francesa se encerrar nos três termos apresentados acima, há quem defenda que os direitos fundamentais continuam evoluindo e se agrupando em novas gerações, totalizando, na atualidade, cinco gerações de direitos fundamentais. Um grande defensor da divisão dos direitos fundamentais em cinco gerações é o jurista Paulo Bonavides, que abordou o tema em palestra proferida em evento intitulado “X Congresso de Direito Militar”, organizado pelo Superior Tribunal Militar.

A quarta e quinta gerações de direitos fundamentais possuem âmbito de atuação específico e, portanto, não estão vinculadas ao indivíduo, ao grupo ou à coletividade, mas ao gênero humano. Nesta perspectiva é possível citar o direito à democracia, que está deixando de ser uma simples forma de governo para se tornar um princípio, um valor (As cinco..., 2011).

A quinta e última geração apresentada por Paulo Bonavides, assim como a quarta geração, não está vinculada a um ideal específico

defendido pela Revolução Francesa e sim ao todo. Trata-se do direito à paz, compreendido como direito universal e detentor de dois âmbitos de atuação, a saber, a paz interna ao país, preocupada com a relação entre os cidadãos e a paz externa, vista como um ideal a ser alcançado nas relações entre os países (As cinco..., 2011).

Como defendido por Paulo Bonavides, os direitos fundamentais estão em constante evolução, o que torna possível a atualização dos direitos considerados fundamentais pela população, deste modo, conforme a sociedade evolui, novos direitos fundamentais surgem no ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais sempre foram vistos como detentores de importante função, seja na proteção do indivíduo, do grupo, da coletividade ou do gênero humano. Nesta perspectiva, é inquestionável sua aplicação direta ou indireta a fim de se proteger as pessoas naturais. A submissão das pessoas jurídicas aos direitos fundamentais, por outro lado, não é tão explícita, o que deu origem a questionamentos acerca da possibilidade de tal proteção ser aplicada a elas também, hoje a discussão está superada.

Destaca-se existirem argumentos para quem defenda a aplicação dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas e para quem é contrário à extensão de tais direitos.

Em se tratando daqueles que são favoráveis à expansão dos direitos fundamentais, dois principais argumentos são defendidos. A princípio, acredita-se que a concessão de direitos fundamentais às empresas não restringiria seus benefícios a estas entidades, mas que se estenderiam também à preservação do interesse de pessoas naturais, contribuindo para a proteção da sociedade democrática e do estado de direito. Além do mais, a concessão de tais direitos não é capaz de prejudicar seres humanos, pelo contrário, contribuiria para a conscientização das empresas quanto à proteção dos direitos fundamentais (VIŠEKRUNA, 2018, p. 112).

Quanto aos argumentos contrários, três podem ser destacados. Inicialmente, defende-se que por se tratarem de direitos que visam amenizar a condição de vulnerabilidade humana, não seria possível

aplicá-las a instituições não humanas. Outro argumento é que tais direitos poderiam ser aplicados em ampla gama de situações, o que dificultaria a ação de prever e evitar hipóteses em que prejuízos pudessem ser causados às pessoas. Por fim, também se afirma que ao submeter as pessoas jurídicas aos direitos fundamentais, aquelas que descumprem tais direitos estariam sendo beneficiadas por normas descumpridas por elas próprias (VIŠEKRUNA, 2018, p. 113).

No Brasil, acredita-se que a discussão está encerrada. Doutrina majoritária adotou a posição que defende a submissão das pessoas jurídicas à proteção dos direitos fundamentais. Neste sentido, é possível citar Mendes e Branco:

Não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física. Acha-se superada a doutrina de que os direitos fundamentais se dirigem apenas às pessoas humanas (MENDES e BRANCO, 2022, p. 78).

Este também é o posicionamento do doutrinador José Afonso da Silva, que se preocupa em apresentar exemplos de direitos extensíveis às pessoas jurídicas:

[...] vários dos direitos arrolados nos incisos do art. 5º se estendem às pessoas jurídicas, tais como o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo da correspondência e das comunicações em geral, a inviolabilidade de domicílio, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, assim como a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Há até direito que é próprio de pessoa jurídica, como o direito à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e

a outros signos distintos (logotipos, fantasias) [...] (SILVA, 2000, p. 195)

O reconhecimento de que as pessoas jurídicas devem se submeter à proteção dos direitos fundamentais não é apenas uma construção doutrinária, este posicionamento pode ser verificado também em súmulas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Tratam-se das súmulas 227 e 481 que abordam, respectivamente, o dano moral e o benefício da justiça gratuita e serão objeto de maior aprofundamento posteriormente (BRASIL, s.d., p. 56 e 25).

4. PATRIMÔNIO MÍNIMO EMPRESARIAL

Superada a discussão em razão da aplicação ou não dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Faz-se importante compreender existirem três situações possíveis ao se tratar da submissão das empresas aos direitos fundamentais.

A princípio, existem normas que não podem ser aplicadas à pessoa jurídica, haja vista possuírem como destinatário exclusivo a pessoa natural. Como exemplo, é possível citar os direitos políticos, que concedem à população o direito de escolher e de ser escolhido representante de seus semelhantes. Direitos atinentes à prisão também não podem ser aplicados às empresas, haja vista existir uma impossibilidade fática de tal ato ocorrer, completa Mendes e Branco:

O STF já decidiu que, conquanto se possa cogitar da responsabilidade penal de pessoas jurídicas (em crimes ambientais), não lhe aproveita a garantia constitucional do habeas corpus, restrita à proteção da liberdade de locomoção, própria apenas das pessoas naturais (MENDES e BRANCO, 2022, p. 78).

Em seguida, está o grupo de direitos fundamentais que se aplicam a pessoas naturais e jurídicas:

Os direitos fundamentais suscetíveis, por sua natureza, de serem exercidos por pessoas jurídicas podem tê-las por titular. Assim, não haveria por que recusar às pessoas jurídicas as consequências do princípio da igualdade, nem o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, a inviolabilidade de domicílio, as garantias do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (MENDES e BRANCO, 2022, p. 78).

Por fim, existem direitos fundamentais que não se aplicam às pessoas naturais e, por consequência, estão restritos às empresas. Mendes e Branco (2022, p. 78) citam como exemplo deste grupo, os direitos previstos nos incisos XVIII e XIX presentes no artigo 5º da CRFB. Estes dispositivos tratam, respectivamente, da vedação de interferência do Estado no funcionamento de associações e da dissolução compulsória apenas após o trânsito em julgado da decisão (BRASIL, 1988, s.p.).

A seguir, serão analisados alguns direitos fundamentais aplicáveis às pessoas jurídicas e que representam o mínimo existencial defendido por Fachin.

4.1 DIREITO DE PROPRIEDADE

Previsto no inciso XXII do artigo 5º da CRFB, o direito de propriedade é de grande relevância para as empresas. O exercício de atividade profissional organizada, em muitos casos exige do empresário que parte de seu patrimônio seja destinado à empresa a fim de viabilizar o empreendimento. Este patrimônio é composto por bens diversos, tais como maquinário, insumos, recursos que estarão à disposição do próprio empreendimento, propriedades, que poderão ser utilizadas, por exemplo, como pontos de acesso a consumidores ou ao armazenamento de produtos.

A propriedade não está reservada apenas ao desenvolvimento da empresa, destina-se também à proteção das relações comerciais firmadas entre pessoa jurídica e terceiros. Deste modo, a propriedade atua como importante inibidor de riscos, pois suportará a responsabilização por dívidas que eventualmente sejam contraídas e não pagas pela empresa. A mitigação de riscos pela existência da propriedade contribui para que novas relações econômicas sejam firmadas, cooperando para o sucesso do empreendimento.

4.2 SIGILO DE CORRESPONDÊNCIA E COMUNICAÇÕES

Outro direito fundamental extensível às empresas é o sigilo de correspondências e de comunicações. Este direito mostra-se importante para as empresas por se tratar de meios muito utilizados para envio de informações sigilosas, cujo acesso por terceiros possa prejudicar o desenvolvimento do empreendimento ou abalar sua confiança no mercado.

Sabe-se que, diferente do que ocorria nos primórdios da civilização, nem tudo aquilo que é comercializado atualmente pode ser encontrado em sua forma final na natureza. Diversos pesquisadores dedicam suas vidas a compreender o funcionamento de substâncias e fenômenos naturais para replicá-los ou transformá-los em bens úteis à sociedade. As correspondências e outras formas de comunicações precisam ser seguras para que se evite o vazamento deste tipo de conteúdo, assim como negociações, parcerias firmadas, problemas enfrentados pela empresa e vários outros.

A inexistência de normas que proíbam e punam a violação de correspondências e comunicações dificulta o pleno uso de tecnologias capazes de beneficiar o estabelecimento e manutenção de relações econômicas. Portanto, é de grande valia a extensão deste direito às empresas, pois assim como os cidadãos, compartilham informações que precisam ser protegidas.

4.3 INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO

A CRFB apresenta como direito fundamental a inviolabilidade de domicílio, que pode ser compreendido como a proibição de acesso de terceiros ao domicílio sem o consentimento do morador. Esta limitação poderá ser afastada apenas em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou por determinação judicial para diligências a serem realizadas durante o dia.

Inicialmente, o domicílio compreendia apenas a casa, mas teve seu conceito ampliado para abranger outros espaços também utilizados para a habitação, tais como veículos estilo *motorhome* e locais reservados para o desenvolvimento de atividades profissionais e que não sejam de acesso livre ao público, como escritórios e sala de reuniões de estabelecimentos comerciais.

Há decisão do Supremo Tribunal Federal neste sentido, como apresentado a seguir:

Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público, ainda que vinculado à administração tributária do Estado, poderá, contra a vontade de quem de direito (“*invito domino*”), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em espaço privado não aberto ao público onde alguém exerce sua atividade profissional, sob pena de a prova resultante da diligência de busca e apreensão assim executada reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude material (BRASIL, 2012, p. 03).

Assim como no sigilo de correspondências e comunicações, os espaços empresariais protegidos pelo dispositivo legal podem apresentar informações sigilosas e que digam respeito à atividade profissional exercida, tais como segredos industriais ou mesmo

informações de terceiros, como clientes do estabelecimento, que não podem ser acessados sem justificativa plausível e prévia análise judicial do pedido.

4.4 DANO MORAL

O dano moral é um direito fundamental previsto no inciso X, artigo 5º da CRFB e apesar de sua aplicação às pessoas naturais, foi necessário prever em súmula sua extensão às pessoas jurídicas para que essas pudessem gozar dos benefícios apresentados pelo instituto. Inicialmente, importante destacar que tal necessidade demonstra como a extensão do dano moral às pessoas jurídicas encontrou resistência nos juristas nacionais.

A súmula em questão recebeu o número 227 e foi criada pelo Superior Tribunal de Justiça. Sua redação é clara e se limita a afirmar poder a pessoa jurídica sofrer dano moral. Em um dos precedentes que contribuíram para a formação da súmula preocupou-se em diferenciar os dois tipos de honra protegidos pelo ordenamento, a saber a honra subjetiva e objetiva, como pode ser visto a seguir:

Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa (BRASIL, 2011, p. 85).

Após compreender as diferenças existentes entre a honra subjetiva e a objetiva, percebe-se que a empresa jamais possuirá honra subjetiva, em razão de sua impossibilidade fática. A honra objetiva, por sua vez, está presente nas empresas e pode ser ferida por pessoas

naturais ou jurídicas, haja vista existirem ações capazes de danificar a imagem do empreendimento frente a terceiros, sendo esse dano passível de reparação quando ocorrer.

4.5 ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça ou inafastabilidade da jurisdição é direito fundamental de grande importância às pessoas jurídicas, nesse sentido, sempre que estiverem diante de uma lesão ou ameaça de lesão a direito, as empresas poderão acionar o poder judiciário a fim de terem suas demandas solucionadas.

Para seu pleno desenvolvimento, as pessoas jurídicas precisam estabelecer grande número de relações jurídicas com colaboradores, fornecedores e clientes. Eventualmente o pacto firmado pode não atingir os resultados esperados. Nestes casos, a própria empresa pode buscar, em nome próprio, a judicialização da demanda, podendo ser também demandada por terceiros.

Ao permitir que a própria pessoa jurídica solicite a solução de sua demanda e, da mesma forma, seja responsabilizada perante terceiros, sua autonomia frente ao seu constituidor é fortalecida e reafirmada. Importante destacar que a participação direta de quem é de fato beneficiado pelo proveito econômico ou prejudicado, também contribui para a celeridade da resolução do processo, uma vez que a decisão atingirá diretamente a empresa responsável.

4.6 JUSTIÇA GRATUITA

Apesar do acesso à justiça ser de grande valia às empresas, é preciso considerar que nem todas possuem recursos financeiros para arcar com a resolução judicial da demanda. Nestes casos, a justiça gratuita apresenta a importante função de tornar possível a interposição de ações judiciais por empresas que não possam suportar as custas judiciais. Para ter acesso ao benefício, no entanto, a pessoa

jurídica terá que efetivamente demonstrar a ausência de recursos para custear a ação.

A súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça apresenta redação neste sentido. Na íntegra afirma a súmula que “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” (BRASIL, 2017, p. 207).

Neste sentido, Daniel Neves apresenta breve evolução do benefício:

[...] a possibilidade de pessoa jurídica ser beneficiada pela assistência judiciária não vinha expressamente consagrada em lei – tampouco por ela era vedada expressamente – mas já era uma realidade jurisprudencial. Conforme entendimento jurisprudencial, a pessoa jurídica faria jus à gratuidade desde que efetivamente comprovasse a impossibilidade de arcar com as custas processuais, não havendo presunção nesse sentido (NEVES, 2021, p. 305).

É razoável exigir das pessoas jurídicas a demonstração de inexistência de recursos para custear as despesas processuais. Por se tratar de um benefício, não se pode concedê-lo de forma irrestrita. Além do mais, empresas precisam ser minimamente organizadas, o que facilita a demonstração de balanços ou movimentações financeiras ou a inexistência delas pelo empreendimento, não sendo, portanto, considerado um entrave à concessão do benefício à pessoa jurídica.

4.7 VEDAÇÃO DE INTERFERÊNCIA DO ESTADO NO FUNCIONAMENTO DE ASSOCIAÇÕES

A criação de associações e de cooperativas é direito fundamental concedido às pessoas interessadas em iniciá-las. O que compete a este

estudo é a garantia constitucional que proíbe a interferência estatal no funcionamento de associações e cooperativas, presente na segunda parte do dispositivo. Destaca-se que este trecho da norma é direito fundamental da pessoa jurídica e não da pessoa natural.

Ao impedir expressamente a interferência estatal, as associações e cooperativas ficam livres para seguir as estratégias de desenvolvimento adotadas por seus administradores e, portanto, continuar a caminhada rumo à representação e conquista dos objetivos estabelecidos no momento em que foram criadas. Relevante ressaltar que as associações e cooperativas possuem importância ímpar na sociedade, uma vez que viabilizam atividades que não seriam possíveis se consideradas individualmente por intermédio de um grupo.

4.8 DISSOLUÇÃO COMPULSÓRIA DE ASSOCIAÇÕES

Outro direito fundamental concedido é a exigência de trânsito em julgado da decisão judicial que determinar a dissolução compulsória de associações para que efetivamente a associação seja dissolvida. A exigência de trânsito em julgado é uma garantia às associações de que um processo, composto pelo devido processo legal e contraditório, irá anteceder qualquer decisão que possa impactar sua existência.

Cabe enfatizar, neste ponto, que as normas inscritas no art. 5º, XVII a XXI, da atual CF protegem as associações, inclusive as sociedades, da atuação eventualmente arbitrária do legislador e do administrador, eis que somente o Poder Judiciário, por meio de processo regular, poderá decretar a suspensão ou a dissolução compulsórias das associações. Mesmo a atuação judicial encontra uma limitação constitucional: apenas as associações que persigam fins ilícitos poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou suspensas. Atos emanados do Executivo ou do Legislativo, que provoquem a compulsória suspensão ou dissolução de associações, mesmo as

que possuam fins ilícitos, serão inconstitucionais (BRASIL, 2011, p. 138).

Além de se evitar decisões arbitrárias capazes de dissolver as associações, o legislador restringiu a citada dissolução a descontinuidade dos requisitos constitucionais estabelecidos para sua formação. A título de exemplo, sendo o fim lícito um requisito para a formação de associações, deixando de executar apenas atividades lícitas para exercer fins ilícitos, configuraria hipótese de dissolução compulsória pelo poder judiciário.

4.9 LIMITAÇÃO AO PODER DE TRIBUTAR

O Estado exerce diversas funções imprescindíveis para a sociedade e precisa, visando o seu bom funcionamento, de recursos financeiros para tornar viável sua atividade e existência. Para tanto, várias hipóteses de incidência tributária foram determinadas a fim de arrecadar valores suficientes para alcançar os fins estabelecidos. Neste sentido, Ricardo Westin (2021, s.p.) afirma que “os tributos servem para custear tanto a máquina estatal quanto os serviços públicos, como saúde, educação e segurança. De forma geral, eles incidem sobre três bases: o consumo, a renda e o patrimônio dos cidadãos e das empresas”.

O citado autor se preocupou em apresentar as bases de cálculo adotadas e apontou sua aplicação também às empresas. Destaca-se que em diversas situações as empresas são taxadas pelo poder público, razão pela qual surgem preocupações quanto à quantidade de impostos pagos por elas. O montante de impostos pagos não pode inviabilizar a atividade exercida, haja vista o fechamento do empreendimento representar não só um retrocesso para a sociedade, mas a diminuição da arrecadação. Tamanha é a importância do tema que a CRFB dedicou uma seção para tratar do assunto, composta pelos artigos do 150 ao 152.

O poder de tributar também encontra limitação na proibição do confisco, explicado por Sabbag da seguinte forma:

De modo geral, o conceito de confisco tem sido apresentado como a absorção da propriedade particular pelo Estado, sem justa indenização. No momento em que isso ocorre, no plano tributário, exsurge o confisco em matéria tributária, revestindo-se da roupagem de tributo inconstitucional (SABBAG, 2022, p. 265).

A fim de evitar a cobrança desproporcional de tributos, CAVALCANTE e MULLER defendem a aplicação do princípio da capacidade contributiva com o objetivo de atingir a equidade na cobrança dos tributos devidos, afirmam as autoras que:

A técnica fiscal impõe que seja identificada a aptidão econômica do sujeito passivo para extrair a capacidade contributiva. Daí a necessidade de dotar a Administração Pública de meios hábeis para visualizar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, possibilitando uma tributação mais justa, com vistas a incidir no patrimônio dos grandes grupos econômicos (CAVALCANTE e MULLER, 2018, p. 05).

Diante do alto valor pago pelas empresas a título de imposto, a existência de normas capazes de limitar o apetite incontrolável do Estado por uma arrecadação cada vez maior é imprescindível para a manutenção e viabilidade dos empreendimentos. A tributação não pode ser elemento responsável pela inviabilidade de empreendimento em exercício e barreira a ser superada pelos novos.

4.10 DIREITO À PROPRIEDADE DAS MARCAS, AOS NOMES DE EMPRESAS E A OUTROS SIGNOS DISTINTOS

Em seu inciso XXIX o artigo 5º da CRFB preocupa-se em proteger as marcas, nomes de empresas e signos distintivos. A análise do dispositivo comporta dois pontos de vista distintos e igualmente importantes. Em um primeiro momento preocupa-se com a proteção do consumidor, que por ser a parte mais fraca da relação, não pode ser enganado por marcas, nomes e signos semelhantes e que façam referência a produtos distintos.

A segunda visão sobre o tema se dá com base na proteção empresarial. Também ligada à confusão causada no consumidor, não seria justo permitir que alguém apresentasse marca nova semelhante a marca famosa no mercado, se aproveitando de anos de marketing e esforço em prol de tal consolidação para alavancar seu empreendimento recém-construído.

Para efetivar a proteção pretendida, criou-se o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), responsável pela análise de novos pedidos de registro e de impedir que causem confusão no consumidor, a fim de proteger consumidor e empresa. O citado entendimento foi abordado no acórdão que segue:

RECURSO ESPECIAL - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - NÃO OCORRÊNCIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - SISTEMA ATRIBUTIVO - ADOÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO - PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE MARCA - CONFUSÃO ENTRE OS CONSUMIDORES - POSSIBILIDADE - VALIDADE DE PEDIDO ANTERIOR EM TRÂMITE ADMINISTRATIVO - PRIORIDADE DE EXAME - RECURSO IMPROVIDO.

[...] II - O sistema jurídico pátrio adota o sistema atributivo, segundo o qual, somente com o registro da marca no Instituto Nacional da Propriedade Nacional é que se garante o direito de propriedade e de uso

exclusivo ao seu titular, a não ser que se trate de marca notoriamente conhecida;

III - A similitude entre as marcas em discussão, destinadas a prestação de serviços no mesmo segmento mercadológico, qual seja, consultoria e estudos na área específica da geologia, além de comercializarem produtos e derivados minerais, é capaz de gerar confusão nos consumidores acerca da procedência dos produtos e da prestação dos serviços, configurando a hipótese de colidência prevista como impeditiva de registro;

III - O registro de propriedade de marca adquire-se desde que observados os trâmites legais de validade. Ausência, in casu; [...] (BRASIL, 2010, p. 01).

O acórdão destaca a necessidade de registro da marca para que haja proteção da mesma, salvo aquelas que sejam notoriamente conhecidas e que a semelhança entre marcas e a atuação em mesmo segmento é suficiente para causar confusão no consumidor.

4.11 DIREITO ADQUIRIDO

O direito adquirido é outro direito de extrema importância às empresas, importante ressaltar que este instituto está vinculado ao princípio da segurança jurídica. Novelino apresenta metodologia simples a fim de contribuir para a identificação do direito adquirido. Para o autor, “deve-se perguntar: teria sentido esta norma sem o caráter de perdurabilidade do benefício criado por ela? Se a resposta for negativa, estaremos diante de um direito adquirido” (NOVELINO, 2021, p. 446).

Portanto, sempre que a norma apresentar benefício duradouro às pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, tratar-se-á de direito adquirido. Em tais situações, assim como a pessoa natural, a empresa não precisará se preocupar em requerer imediatamente o direito

apresentado pela norma, haja vista que eventual alteração da lei não colocará em risco o gozo do proveito adquirido.

4.12 ATO JURÍDICO PERFEITO

O ato jurídico perfeito também está vinculado ao princípio da segurança jurídica e aplica-se a situações em que as partes cumprem os requisitos estabelecidos para que determinado ato seja considerado existente, válido e eficaz. É o caso do contrato, que será considerado instrumento perfeito se respeitar as exigências estabelecidas pela lei vigente à época de sua formação. Quanto ao assunto, já decidiu o STF que

Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) – acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da CF. Doutrina e precedentes. A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas (BRASIL, 2011, p. 196).

No âmbito empresarial o contrato é um instrumento de grande importância, responsável pela fixação de direitos e obrigações entre as empresas contratantes que, acredita-se, estão em igualdade de condições. Sua utilização torna clara as responsabilidades das partes e reduz as chances de descumprimento da prestação, estabelecendo penalidades a quem as descumprir. A previsibilidade no cumprimento das obrigações diminui os riscos típicos do exercício empresarial, contribuindo para que a empresa permaneça no mercado executando sua importante função.

4.13 COISA JULGADA

A coisa julgada, também relacionada ao princípio da segurança jurídica, é outro direito fundamental aplicável às empresas. Responsável por tornar a tutela jurisdicional imutável, a coisa julgada se divide em formal e material, possuindo a primeira efeito endoprocessual e a segunda efeito extraprocessual, ambas aplicáveis às empresas.

Existem outros direitos processuais que se estendem às empresas, mas por possuírem menor importância não serão objeto de análise, neste sentido, pode-se citar o princípio da isonomia, o princípio da legalidade, o direito de resposta, a proteção jurisdicional e o direito de impetrar mandado de segurança. Todos imprescindíveis ao bom funcionamento do empreendimento, no entanto, estudados em outras áreas do direito, como o ramo processual civil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pessoas jurídicas são imprescindíveis para o bom desenvolvimento social. Responsáveis pela produção e circulação de bens e serviços, as empresas assumem na sociedade funções que dificilmente poderiam ser bem desenvolvidas individualmente, por cidadão desprovidos da organização típica desses empreendimentos.

Para além desta função, as empresas estabelecem complexas relações jurídicas, conectando-se com diversas pessoas naturais e jurídicas que atuarão como fornecedoras, clientes ou funcionários da empresa.

Diante da importância das empresas para a sociedade, medidas que contribuam para o surgimento e a manutenção dos empreendimentos existentes precisam ser desenvolvidos, favorecendo o aumento de empreendimentos no mercado e consequentemente contribuindo para que o comércio se torne cada vez mais forte.

Nesta perspectiva, acredita-se que as pessoas jurídicas são beneficiadas diretamente pela teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, uma vez que sua aplicação protege bens indispensáveis ao desenvolvimento da atividade empresarial, além de garantir às pessoas jurídicas direitos imprescindíveis ao seu bom funcionamento.

Consequência da aplicação da teoria jurídica do patrimônio mínimo às empresas é a extensão dos direitos fundamentais a elas. Apesar das discussões sobre a possibilidade de pessoas jurídicas serem protegidas pelos direitos fundamentais, que outrora tiveram relevância, hoje é evidente sua proteção por tais direitos. Se antes existiam dúvidas, jurisprudência e doutrina trataram de superar qualquer incerteza existente. Além do mais, a presença de direitos de aplicação exclusiva às empresas reforça a ideia de que os direitos fundamentais se preocupam em proteger as pessoas jurídicas.

É preciso considerar que a aplicação dos direitos fundamentais às empresas não apresenta nenhum prejuízo às pessoas naturais, haja vista não ter ocorrido a redução do seu âmbito de proteção e não existir direitos que vão de encontro aos previstos para proteção do indivíduo. Pelo contrário, a existência de normas que preservam empresas favorece pessoas naturais, pelo aumento no número de bens, serviços, empregos e renda disponíveis no mercado.

REFERÊNCIAS

AS CINCO GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - DR. PAULO BONAVIDES. Superior Tribunal Militar. YouTube: Superior Tribunal Militar, 28 de novembro de 2011. 1 video (24 min.) Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=zWnoaRP0jao&ab_channel=SuperiorTribunalMilitar. Acesso em: 27 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasil, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 dez. 2022.

BRASIL. **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRASIL. **Súmula nº 227**. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. RSSTJ, a. 5, (17): 79-108, março 2011.

BRASIL. **Súmula nº 481**. Revista de Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. RSSTJ, a. 9, (43): 205-216, novembro 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Câmara). **Acórdão nº 993175/2010**. RECURSO ESPECIAL - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL - NÃO OCORRÊNCIA - PROPRIEDADE INDUSTRIAL - SISTEMA ATRIBUTIVO - ADOÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO - PEDIDO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE MARCA - CONFUSÃO ENTRE OS CONSUMIDORES - POSSIBILIDADE - VALIDADE DE PEDIDO ANTERIOR EM TRÂMITE ADMINISTRATIVO - PRIORIDADE DE EXAME - RECURSO IMPROVIDO. Relator: Ministro Massami Uyeda, 17 ago. 2010. Brasília: STJ, 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200602398471&dt_publicacao=01/10/2010. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ.pdf. Acesso em: 05 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2 Turma). Habeas Corpus 103.325/RJ. FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – APREENSÃO DE LIVROS CONTÁBEIS E DOCUMENTOS FISCAIS REALIZADA, EM ESCRITÓRIO DE CONTABILIDADE, POR AGENTES FAZENDÁRIOS E POLICIAIS FEDERAIS SEM MANDADO JUDICIAL – INADMISSIBILIDADE – ESPAÇO PRIVADO, NÃO ABERTO AO PÚBLICO, SUJEITO À PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR (CF, ART. 5º, XI) – SUBSUNÇÃO AO CONCEITO NORMATIVO DE “CASA” – NECESSIDADE DE ORDEM JUDICIAL – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR – PROVA ILÍCITA – INIDONEIDADE JURÍDICA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. Relator: Min. Celso de Mello, 03 abr. 2012. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 03 abr. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081131>. Acesso em: 05 jan. 2023.

CAVALCANTE, Denise Lucena; MULLER, Mariana Bezerra. Reflexões Sobre o Mínimo Existencial da Empresa. **Revista Jurídica da FA7**, v. 15, n. 2, p. 39-47, 18 nov. 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Estatuto jurídico do patrimônio mínimo. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

MAMEDE, Gladston. Manual de direito empresarial. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – volume único. 13 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 16^a ed. revista e atualizada. São Paulo: JusPodivm, 2021.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. E-book.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VIŠEKRUNA, Aleksandra. **Protection of Rights of Companies before the European Court of Human Rights**. EU and Comparative Law issues and challenges. Institute of Comparative Law. Belgrade, Serbia. Publicado em 2018. Disponível em: <https://hrcak.srce.hr/ojs/index.php/eclic/article/view/6524/3433>. Acesso em: 03 jan. 2023.

WESTIN, Ricardo. Por que a fórmula de cobrança de impostos do Brasil piora a desigualdade social. Senado Federal. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/05/por-que-a-formula-de-cobranca-de-impostos-do-brasil-piora-a-desigualdade-social#:~:text=Os%20tributos%20servem%20para%20custear,ricos%20e%20penalizam%20os%20pobres..> Acesso em: 14 jan. 2023.

A ORDEM DE PAGAMENTO NA FALÊNCIA: A NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 84, INCISO I-A, EM FACE DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS

Aluer Baptista Freire Júnior²⁹

Rodrigo Almeida Magalhães³⁰

Resumo: Considerando a importância dos créditos trabalhistas, o objetivo do presente artigo é demonstrar como os mesmos são indispensáveis, já que são um direito necessário, para tanto, contará com previsões normativas e ensinamentos doutrinários por meio do levantamento bibliográfico, bem como, da legislação. Para esse objetivo, será aludido a ordem de pagamento desses créditos na falência como o problema. A metodologia de pesquisa será bibliográfica, acompanhado do método de abordagem indutivo e procedimento analítico-descritivo. A justificação do trabalho baseia-se não somente na sua importância jurídica, porém, mais especificamente na sua relevância social, pois o seu devido tratamento concretiza a tutela trabalhista, denotando a essencialidade do trabalho, a qualidade de vida em sociedade, além de outros incontáveis resultados, como a alimentação.

Palavras chave: *Falência; Artigo 84; Créditos trabalhistas; Ordem de pagamento.*

1. INTRODUÇÃO

O direito falimentar depois de historicamente enfrentar períodos sem o devido respaldo frente as suas tratativas para o desenvolvimento

29 Pós-Doutor em Direito Privado PUC-MG, Doutor e Mestre em Direito Privado PUC-Minas. MBA em Direito de Empresa. Especialista em Direito Público, Penal e Processo Penal, Direito Privado e Processo Civil. Coordenador Curso de Direito da Fadileste. Professor de Graduação e Pós-graduação. Advogado.

30 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Novos Horizontes. Professor da Graduação e Pós-Graduação da PUC-MG e UFMG. Advogado.

empresarial e econômico, após a Proclamação da República fora contemplado por um sistema próprio com o vigor da Lei de Falência ofertando segurança jurídica, assim como com o advento do Código Comercial.

A falência exerce um importante papel na sociedade não somente quando cumpre o seu passivo, mas como instrumento de saneamento econômico-financeiro frente à sua inviabilidade para o mercado para que o princípio da função social da empresa seja de fato observado ao passo que não faz mais sentido a razão da sua existência ao deixar de fornecer o padrão mínimo de produção e distribuição de riquezas.

Logo, a sua essencialidade é inquestionável, porém, será que também assim é o corpo do texto da Lei 11.101 de 2005? Fato é que nenhuma legislação possui perfeita harmonia e as desarmonizações acabam tendo como efeito a necessidade de reinterpretção de dispositivos para o alcance do justo.

Para a presente baila, ressalta-se a releitura da ordem de pagamento tangente aos créditos extraconcursais elencados no artigo 84 da Lei Falimentar, especificamente o inciso I-A.

O inciso I-A do referido artigo – vide *caput* – ordena sobre o pagamento dos créditos referidos no artigo 150 e 151 da mesma lei, os quais explicitam a administração da falência e os créditos trabalhistas, nesta ordem.

Tendo isso em mente, é correta, justa e eficaz a citada ordem de pagamento?

Para alcançar resposta, esse trabalho objetiva demonstrar os efeitos dos créditos trabalhistas, principalmente quando estritamente salariais por carregar consigo natureza alimentar, provocador de direitos basilares.

No entanto, a metodologia de pesquisa será bibliográfica, acompanhado do método de abordagem indutivo e procedimento analítico-descritivo.

A saber, no primeiro subtítulo contemplar-se-á breves apontamentos históricos da falência, denotando a historicidade do

direito falimentar e o significado de falência como procedimento responsável pela declaração da insolvência empresarial.

Posteriormente, as causas determinantes da falência acompanhada da arrecadação de bens e alienação do produto de maneira a atingir a fase pós-falimentar, após pagos os créditos até onde fora possível.

Por fim, no terceiro subtítulo falar-se-á sobre o pagamento dos credores, a necessidade de releitura do artigo 84, inciso I-A, em face dos créditos trabalhistas serem considerados de natureza alimentar, deixando claro os efeitos de tais créditos, que devem ser prioritariamente cumpridos independentemente se concursais ou extraconcursais.

2. HISTÓRICO DA FALÊNCIA

Denotando-se sobre a historicidade do Direito Falimentar, compreende-se que o mesmo “(...) é fruto do século XVI em diante, época que corresponde, mais ou menos, à descoberta do Brasil (ROQUE, 2005, p. 81)”.

Hoje, guiado juridicamente por uma Lei especial, o direito falimentar compreende a empresa em seu momento de falência, no entanto, conhecida tal Lei especial como Lei Falimentar, e compreende também a recuperação judicial, portanto, a mencionada Lei também é conhecida e denominada como Lei de Recuperação Judicial. Ademais, regula a recuperação extrajudicial, logo, sustenta a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Nesse caminhar, já é possível subentender, e assim o é, que pertencente ao ramo do Direito Empresarial, o Direito Falimentar e a Recuperação Judicial e Extrajudicial andam conjuntamente, entrelaçam-se, geram-se.

Contudo, nem sempre assim fora, pois no Direito Romano não havia respaldo jurídico para os mencionados institutos, tão

importantes para o desenvolvimento empresarial, em consequência, econômico.

Assim, entende-se que não havia um sistema próprio, diga-se especial, que solucionava as questões comerciais com efetividade e segurança as quais clamavam os comércios da época, por isso, não tinham resoluções plenas dos conflitos entre os comerciantes.

Isto posto, de modo infeliz, o respaldo encontrado era a punição da pessoa do próprio devedor, quando insolvente, com punições severamente físicas como a venda do indivíduo inadimplente, ou até mesmo, a sua morte.

Em confirmação, segundo Elisabete Vido:

No Direito Romano, o devedor garantia o pagamento de suas obrigações com seus bens, sua liberdade e sua vida. Se o devedor não pudesse pagar as suas dívidas, então se tornaria escravo do credor que teria a plena disposição sobre a vida do devedor. Nesse momento, o objetivo era punir o devedor insolvente.

Na Lei das XII Tábuas, seguindo a mesma orientação, estava previsto que sendo muitos os credores “é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos e se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre”. (VIDO, 2021, p. 164)

Satisfatoriamente, essas formas de punições foram ultrapassadas, não vigorando no tempo. Nesses moldes, deixando para trás as referenciadas punições, passou-se a dívida a ser cobrada com o então patrimônio do devedor.

Mesmo com esse avanço quanto à punição, apenas na idade média houve a sistematização do Direito Falimentar aplicando-se a insolvência a todo e qualquer tipo de pessoa, seja ela comerciante ou não, tendo como base o direito romano e o direito canônico, dando lugar para a intervenção estatal, disciplinados pelo judiciário.

Após a Proclamação da República a Lei de Falência passou a vigorar no Brasil, já que o mesmo como colônia de Portugal o seguia, e com o recebimento da Lei Falimentar em Portugal o seu recebimento pelo Brasil fora uma feliz e inevitável consequência.

Com dedicação, em sua terceira parte para as tratativas da falência, mais tarde, foi promulgado o Código Comercial e por consequência o Direito Falimentar.

Pelo percurso temporal hoje é possível falar em Lei Falimentar com o devido aprimoramento do Direito Falimentar consoante a Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 que felicita uma reestruturação da empresa que embora se encontra insolvente possua viabilidade para sair do vermelho e reerguer-se financeiramente vencendo a crise econômica ou ofertando caminhos ao procedimento da falência.

Anteriormente ao advento dessa lei, a matéria, então tratada como falência e concordata, encontrava-se regulada pelas disposições do Decreto-lei nº 7.661/1945, popularmente denominado Lei de Falências e Concordatas. (GOMES, 2022, p. 312)

Em curiosidade “a tramitação da Lei de Falências demorou mais de dez anos, havendo o seu projeto recebido 415 emendas na Câmara e 251 no Senado, bem como três vetos presidenciais”. (FINKELSTEIN, 2016, p. 339)

É entendível o salto, uma vez necessário, da Lei Falimentar, haja vista, a essencialidade não somente particular, mas também, social quando a visão está para empregos, serviços, tributações e demais benesses. Portanto, a Lei objetiva a prioridade de crescimento das empresas mediante seus diversos benefícios e não somente visando o empresário ou a sociedade empresária, vai muito além dos particulares.

A saber, de acordo com Manoel Justino Bezerra Filho:

Esta Lei pretende trazer para o instituto não da falência e da recuperação Judicial uma nova visão, que leva em conta não mais o Direito dos credores, de forma primordial, como ocorria na anterior. A

Lei anterior de 1945 privilegiava sempre o interesse dos credores, de tal forma que um exame sistemático da ausência de preocupação com a manutenção da empresa, como unidade produtiva, criadora de empregos e produtora de bens e serviços, enfim, como atividade de profundo interesse social, cuja manutenção deve ser procurada sempre que possível. (BEZERRA FILHO, 2005, p. 129).

Isso pois, afinal, “empresa, pelos conceitos modernos, é uma organização capaz de produzir, criar, ou fomentar a colocação de bens ou serviços à disposição do maior número possível de pessoas”. (VELOSO, 2001, p. 25)

Nessas nobres razões, o princípio da preservação da empresa remete à sempre que possível, por exemplo, que por meio da recuperação judicial, a empresa possa ser salvaguardada devido à sua importância ao coletivo e para a economia, evitando-se a falência.

Para mais do dito, contemplese de modo geral o princípio da função social da empresa, afinal, “pela função social que lhe é inerente, a atividade empresarial não pode ser desenvolvida apenas para o proveito do seu titular, isto é, ela tem uma função maior”. (TOMAZETTE, 2017, p. 96)

Nessa disciplina:

A Lei, não por acaso, estabelece uma ordem de prioridades na finalidade que diz perseguir, ou seja, colocando como primeiro objetivo a ‘manutenção da fonte produtora’, ou seja, a manutenção da atividade empresarial em sua plenitude tanto quanto possível, com o que haverá possibilidade de manter também o ‘emprego dos trabalhadores’. Mantida a atividade empresarial e o trabalho dos empregados, será possível então satisfazer os ‘interesses dos credores’. (BEZERRA, 2014, n. p.)

Todavia, “a crise econômico-financeira da empresa pode não apresentar alternativa viável de superação. Resta, portanto, instaurar um procedimento de liquidação do patrimônio do empresário ou sociedade empresária insolvente”. (MAMEDE, 2020, p. 247)

O objetivo primeiro da falência, nesse ponto, é a satisfação do interesse dos credores mediante a liquidação dos bens do devedor empresário. (SACRAMONE, 2022, p. 125)

Os ativos do devedor, a serem liquidados, permitirão uma alocação mais eficiente ao comprador que conduza melhor a atividade, o que assegurará a manutenção e a preservação dos benefícios econômicos e sociais a todos. (SACRAMONE, 2022, p. 125)

Esse procedimento de liquidação do patrimônio do empresário ou sociedade empresária insolvente é a chamada falência, a qual torna a sociedade em recuperação na então massa falida.

Falência é o procedimento pelo qual se declara a insolvência empresarial e se dá solução à mesma, liquidando o patrimônio ativo e saldando, nos limites da força deste, o patrimônio passivo do falido. (MAMEDE, 2020, p. 248)

Para isso, a Lei prevê uma ordem de pagamento dos seus credores, que inclusive sofreu alterações pela Lei 17.112 de 2020. Quanto aos créditos extraconcursais, anteriormente, a Lei 11.101 de 2005 previa primeiramente as remunerações devidas ao administrador judicial e seus auxiliares; e créditos derivados da legislação do trabalho. Por agora, a prioridade segue quase o mesmo raciocínio, todavia, referindo-se à administração em geral e não especificamente ao administrador judicial e limitando os créditos trabalhistas para apenas aos de natureza estritamente salarial.

Essa redação fora acrescida com a colocação do inciso I-A ao artigo 84 da Lei de Falência, após revogado o inciso I, o qual disponibilizava a redação anteriormente dita.

O Direito Falimentar tem sofrido mudanças para satisfazer todos os interesses, especialmente a paz social, dentre as muitas modificações o ano de 2020 e 2021 fora de grande estima.

A Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020, introduziu inúmeras alterações no texto atual, modificando 46 artigos e introduzindo 58 novos artigos. (NEGRÃO, 2021, p. 112)

Trouxe também algumas incongruências como a respeito do pagamento da administração em conjunto com os créditos trabalhistas já que denota a importância da sua natureza salarial.

Daí a necessidade de uma releitura da ordem de pagamento na falência, em especial do inciso I-A do artigo 84. De todo modo, irrefutável é a essencialidade do Direito Falimentar e seu tratamento legal próprio, contemplando a denominada falência e seu devido processamento.

3. CAUSAS DETERMINANTES DA FALÊNCIA, ARRECAÇÃO DE BENS E ALIENAÇÃO DO PRODUTO

A falência é um meio o qual deseja-se, de forma justa, a liquidação do ativo do devedor empresário com a finalidade de saldar a insolvência, com o menor prejuízo possível, o qual sem o respectivo processo falimentar, não encontra meios de estipêndio.

Nestes termos, “a falência é uma execução coletiva que tem por finalidade liquidar o passivo (dívidas) a partir da realização (venda) do patrimônio da empresa, respeitando-se a par conditio creditorum”. (VIDO, 2021, p. 164)

Quanto ao procedimento da falência, para sujeitar-se, dever-se-á ser devedor. Todavia, não basta ser um simples devedor, pois um dos pressupostos para a instauração da falência é ser devedor empresário com exploração de atividade econômica para a circulação de bens ou serviços, de modo, portanto, empresarial.

Resulta insofismavelmente do art. 1º da Lei n. 11.101/2005 o sujeito passivo da falência: o empresário. Daí nascer a afirmativa de a falência no Direito brasileiro ser um instituto marcadamente empresarial, diante da adoção de um sistema restritivo. (CAMPINHO, 2020, p. 204)

Ainda são pressupostos para a instauração a presunção de insolvência e a sentença constitutiva de falência.

Para iniciar o processo falimentar haverá, em juízo competente, o pedido de falência que mediante o artigo 97 da Lei 11.101/05 poderá ser pelo:

Art. 97. (...)

I – o próprio devedor, na forma do disposto nos arts. 105 a 107 desta Lei;

II – o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante;

III – o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade;

IV – qualquer credor. (BRASIL, 2005)

Após o pedido, será analisado o cumprimento dos pressupostos, o que é chamado de fase pré-falimentar ou declaratória, o qual verifica a admissibilidade da instauração, onde a falência será denegada ou decretada, para o fim ou início do procedimento.

Para a falência ser decretada é necessário enquadrar-se nas causas que a determinam, que são a impontualidade, execução frustrada e a prática de atos falimentares, como deixa claro o artigo 94 da Lei de Falência.

O inciso I do artigo 94 expressa sobre a impontualidade ao estipular sobre a inadimplência, quer seja, o não pagamento no vencimento, o que torna o termo autoexplicativo.

Em face da gravidade do pedido falimentar, (...) o pedido de falência por impontualidade deve fundar-se em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 salários mínimos na data da protocolização. (MAMEDE, 2020, p. 251)

Comprovadamente:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:

I – sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência; (BRASIL, 2005)

Aos credores por valores inferiores a 40 salários mínimos resta a execução civil, sendo que o pedido de falência, neste caso, pode resultar da frustração da execução (artigo 94, II, da Lei 11.101/05) (MAMEDE, 2020, p. 251)

A execução é frustrada quando o executado não realiza sua obrigação, seja de pagar, depositar ou nomear bens à penhora suficientes e necessários à satisfação do crédito.

Nesse sentido, também leciona Gladston Mamede:

O artigo 94, II, da Lei 11.101/05 prevê a possibilidade do pedido de falência fundado em execução frustrada, ou seja, quando o empresário ou sociedade empresária é executado por quantia líquida, em qualquer valor, e (1) não paga, (2) não deposita ou (3) não nomeia, (4) nem tem penhorados, dentro do prazo legal. (MAMEDE, 2020, p. 255)

Saliente-se que “não se trata apenas do inadimplemento, mas da presunção de uma insuficiência patrimonial para honrar as suas dívidas”, (REQUIÃO, 1998, p. 84) Portanto, há o que chamasse de presunção da insolvência, caracterizando, como já dito em momento anterior, um dos pressupostos de instauração.

Assim, “(...) se o empresário tem uma execução contra si e esta não produz resultados em termos patrimoniais, há uma presunção de que aquela pessoa não terá condições de fazer frente às suas obrigações”. (TOMAZETTE, 2014, p. 404)

Estando presente tal presunção de não condição frente às obrigações, o pedido de falência consubstanciado na execução

frustrada é plenamente aplicável, dependendo após, da sentença constitutiva.

Para mais, “(...) o pedido de falência que tenha por base a frustração de ação executória, em oposição àquele fundado em mero inadimplemento, será instruído apenas com o título e a certidão expedida pelo juízo em que se processa a execução”. (MAMEDE, 2020, p. 256)

Por fim, o artigo 94, em seu inciso III, traz uma relação de atos que, se praticados pelo empresário ou pela sociedade empresária, permitem a decretação de sua falência. (MAMEDE, 2020, p. 256)

A saber:

Art. 94. Será decretada a falência do devedor que:
(...)

II – pratica qualquer dos seguintes atos, exceto se fizer parte de plano de recuperação judicial:

- a) procede à liquidação precipitada de seus ativos ou lança mão de meio ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos;
- b) realiza ou, por atos inequívocos, tenta realizar, com o objetivo de retardar pagamentos ou fraudar credores, negócio simulado ou alienação de parte ou da totalidade de seu ativo a terceiro, credor ou não;
- c) transfere estabelecimento a terceiro, credor ou não, sem o consentimento de todos os credores e sem ficar com bens suficientes para solver seu passivo;
- d) simula a transferência de seu principal estabelecimento com o objetivo de burlar a legislação ou a fiscalização ou para prejudicar credor;
- e) dá ou reforça garantia a credor por dívida contraída anteriormente sem ficar com bens livres e desembaraçados suficientes para saldar seu passivo;
- f) ausenta-se sem deixar representante habilitado e com recursos suficientes para pagar os credores, abandona estabelecimento ou tenta ocultar-se de seu domicílio, do local de sua sede ou de seu principal estabelecimento;

g) deixa de cumprir, no prazo estabelecido, obrigação assumida no plano de recuperação judicial. (BRASIL, 2005)

Para tanto, “(...) o pedido de falência descreverá os fatos que caracterizam a prática do ato falimentar, juntando-se as provas que houver e especificando-se as que serão produzidas”. (MAMEDE, 2020, p. 257)

Isto posto, nota-se que:

Não se exige, para a declaração da falência, uma demonstração inequívoca (contábil e matemática) de que o patrimônio ativo do empresário ou da sociedade empresária, por insuficiência, descrédito e/ou iliquidez, não é capaz de saldar, a tempo e modo, as obrigações do respectivo passivo. Seriam prova e demonstração pouco prováveis de se conseguir, mormente diante de incontáveis variáveis, bastando recordar que alguém com patrimônio líquido negativo pode gozar de crédito e, assim, conduzir suas operações por anos, pagando suas obrigações em dia, sem falir. O Direito não espera comprovação inequívoca de insolvência. (MAMEDE, 2020, p. 250)

Realizado o pedido, o réu será citado. Destarte, no prazo da contestação, por óbvio, o réu poderá contestar, confessar, realizar o depósito elisivo ou pleitear a sua recuperação judicial. Caso encontrasse revel e não os faça, decretar-se-á falido.

Continuando, caso haja a denegação da falência, obviamente não há a sequência das próximas fases, porquanto sequer é cabível a falência no caso em análise. De outro lado, decretada a falência, passa-se à próxima fase. (TOMAZETTE, p. 266/267, 2012)

Por essa via, o processo de falência ocorrerá no chamado juízo universal, que atrairá todas as ações processuais que incluem cobranças de obrigações da empresa, onde quer que se encontre,

exceto trabalhistas e tributário, mantendo-se nas varas competentes até a fase de execução, nesta, tais causas também irão para o foro principal/juízo universal com pedido de reserva requerido pelos juízos trabalhistas e tributários.

O foro julgado competente será o local do maior estabelecimento já que estabelecimento é o conjunto de bens corpóreos e incorpóreos reunidos pelo empresário de modo organizado para a exploração de suas atividades empresariais, então, prontamente, será visto como o principal estabelecimento, pois sendo o maior, logo, entende-se que possui vasto conjunto de bens para alienação e pagamento aos credores.

Passados para a segunda fase, não obstante, também chamada de fase falimentar ou realização do ativo, percebe-se que o devedor terá seus bens vendidos para quitar as dívidas, com a intenção de cumprir seus encargos e reabilitar-se.

Assim sendo, haverá a arrecadação, avaliação e venda dos bens.

Por arrecadar bens entende-se guardar, logo, os bens são arrecadados/guardados em segurança com a finalidade de mantê-los afastados de possibilidades de deterioração ou eventuais indesejáveis que possam evitar o cumprimento das obrigações do devedor.

É nesse sentido que o parágrafo primeiro do artigo 108 da Lei Falimentar estipula que “os bens arrecadados ficarão sob a guarda do administrador judicial ou de pessoa por ele escolhida, sob responsabilidade daquele, podendo o falido ou qualquer de seus representantes ser nomeado depositário dos bens”. (BRASIL, 2005)

De maneira a destacar a necessidade de preservação do produto e a importância da arrecadação de bens a Lei deixa aludido que “o estabelecimento será lacrado sempre que houver risco para a execução da etapa de arrecadação ou para a preservação dos bens da massa falida ou dos interesses dos credores”. (BRASIL, 2005)

Contudo, “os bens arrecadados poderão ser removidos, desde que haja necessidade de sua melhor guarda e conservação, hipótese em que permanecerão em depósito sob responsabilidade do administrador judicial, mediante compromisso”. (BRASIL, 2005)

Se perecíveis, deterioráveis, sujeitos à considerável desvalorização ou que sejam de conservação arriscada ou dispendiosa, poderão ser vendidos antecipadamente mediante autorização judicial.

Ressalta-se que não serão arrecadados os bens absolutamente impenhoráveis.

Passando-se à venda dos bens, em princípio, segue-se uma ordem, que pode ser conferida nos incisos do artigo 140.

Art. 140. A alienação dos bens será realizada de uma das seguintes formas, observada a seguinte ordem de preferência:

I – alienação da empresa, com a venda de seus estabelecimentos em bloco;

II – alienação da empresa, com a venda de suas filiais ou unidades produtivas isoladamente;

III – alienação em bloco dos bens que integram cada um dos estabelecimentos do devedor;

IV – alienação dos bens individualmente considerados.
(BRASIL, 2005)

A venda ocorrerá por leilões - eletrônico, presencial ou híbrido - ou qualquer outra modalidade que seja aprovada nos termos da Lei. A verba adquirida será direcionada ao quadro geral de credores, que resume-se na relação dos credores com os respectivos valores a eles devidos, bem como, a classificação dos mesmos quanto à natureza dos seus créditos, o que denomina-se classe de credores, o qual seguir-se-á uma ordem quanto ao grau para os respectivos pagamentos.

Frustrada a tentativa de venda dos bens da massa falida e não havendo proposta concreta dos credores para assumi-los, os bens poderão ser considerados sem valor de mercado e destinados à doação. (BRASIL, 2005)

Se não houver interessados na doação referida (...), os bens serão devolvidos ao falido. (BRASIL, 2005)

Quantos aos créditos, os mesmos seguirão a seguinte ordem para pagamento (após pagas as restituições, reservas e créditos

extraconcursais): a) trabalhistas; b) garantia real; c) tributos; d) quirografários; e) multas tributárias; e f) subordinados.

Essa ordem corresponde a classificação dos créditos na falência, sendo notável, o grau de importância dos créditos trabalhistas, inclusive os decorrentes de acidentes de trabalho, embora tais créditos sejam limitados a cento e cinquenta salários-mínimos por credor.

Essa importância não é ofertada do mesmo modo quando trata-se dos créditos extraconcursais expostos pelo dispositivo oitenta e quatro da lei falimentar, especificamente inciso I-A, o que será posteriormente abordado.

Enfim, acabados a pecúnia e pagos os créditos até onde fora possível, passa-se à terceira e última fase do processo de falência, fase pós-falimentar ou de encerramento, onde declara-se a quitação das dívidas e a reabilitação do empresário para o ramo empresarial - caso os pague em sua integralidade ou ao menos até vinte e cinco por cento dos quirografários - por intermédio da extinção da falência e das obrigações.

4. PAGAMENTO DOS CREDITORES: A NECESSIDADE DE RELEITURA DO ARTIGO 84, INCISO I-A, EM FACE DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS SEREM CONSIDERADOS DE NATUREZA ALIMENTAR

Por credor entende-se como aquele que deve ser compensado por quem o deve, quer seja, pelo devedor. Logo, há o polo ativo e passivo da relação obrigacional, sendo, via de regra, o primeiro o credor e o segundo o devedor.

Na Lei falimentar, há uma classificação de credores, de modo mais claro e educativo, tipos de credores conformes seus tipos de créditos.

Para que o devedor possa compensar suas obrigações com os credores deve ser respeitada uma ordem de pagamento imposta na legislação.

A classificação é importante quando se tem em vista o princípio da *par conditio creditorum*, posto que a igualdade preconizada não é aquela que trata todos os credores igualmente, mas a que trata de forma homogênea todos os credores de uma mesma classe. (FRANCO, 2008, p. 42)

Sobre a classificação dos credores vide classificação dos créditos, observa-se o exposto no artigo 83 e 84 da Lei falimentar.

No artigo 83 destaca-se os créditos concursais, que são aqueles já em existência desde a abertura do procedimento de falência, e são tidos como créditos ou credores trabalhistas; de garantia real; tributários; quirografários; multas tributárias; e subordinados. Inclusive, segue-se justamente essa ordem de pagamento.

Como os créditos já eram existentes desde a abertura da falência são conseqüentemente tratados os seus credores como concorrentes e ou credores da falência.

Quanto aos créditos extraconcursais, são aqueles estipulados pelo artigo 84 onde os conceituam em seu próprio *caput* ao deixar claro que os créditos extraconcursais têm preferência sobre os demais créditos ao dizer que “serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei (...)”. (BRASIL, 2005)

Veja-se que diferentemente dos créditos concursais, os créditos extraconcursais são posteriores à decretação da falência, “tais créditos resultam da própria administração da massa, de sua existência e do procedimento falimentar”. (FRANCO, 2008, p. 42)

Estes credores, inclusive, não estão sujeitos ao processo de verificação de créditos, recebendo tão logo a obrigação se torne exigível. (FRANCO, 2008, P. 42)

Esses créditos são:

Art. 84. (...)

I - (revogado);

I-A - às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei;

I-B - ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo financiador, em conformidade com o disposto na Seção IV-A do Capítulo III desta Lei;

I-C - aos créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 desta Lei;

I-D - às remunerações devidas ao administrador judicial e aos seus auxiliares, aos reembolsos devidos a membros do Comitê de Credores, e aos créditos derivados da legislação trabalhista ou decorrentes de acidentes de trabalho relativos a serviços prestados após a decretação da falência;

I-E - às obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência;

II - às quantias fornecidas à massa falida pelos credores;

III - às despesas com arrecadação, administração, realização do ativo, distribuição do seu produto e custas do processo de falência;

IV - às custas judiciais relativas às ações e às execuções em que a massa falida tenha sido vencida;

V - aos tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei. (BRASIL, 2005)

A norma do atual art. 83, I, LRE da lei falimentar mantém um certo tratamento preferencial para os credores trabalhistas e aqueles por créditos derivados de acidentes do trabalho. (FRANCO, 2008, p. 42)

Nesse artigo há uma preocupação mais ampla quanto aos créditos trabalhistas ao relacioná-los de modo geral deixando em aberto como créditos derivados da legislação trabalhista, mesmo havendo uma limitação de cento e cinquenta salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho.

Já no artigo seguinte, quanto aos créditos trabalhistas extraconcursais, aqueles advindos pós decretação da falência, embora estando no inciso I-A não é de um todo preferencial, pois denota-se

maior preocupação com a administração falimentar ao remeter “na ordem a seguir”, artigo 150 e 151, respectivamente.

Logo, evidencia-se a preocupação primeira com as despesas indispensáveis à administração da falência (artigo 150) e só depois os créditos trabalhistas (artigo 151), - diferentemente do ocorrido quando esses são concursais - e limitados aos de natureza estritamente salarial.

Em confirmação, é o artigo 84, inciso I-A:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos:

I - (revogado);

I-A - às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei; (BRASIL, 2005)

Quanto ao artigo 150, evidencia-se, como já visto, os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial, porém ainda, desde que, “vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador (...)”. (BRASIL, 2005)

Portanto, fica notório a diferença de tratamento dos créditos trabalhistas concursais e extraconcursais, o que não deveria ocorrer, já que os créditos trabalhistas comportam uma natureza alimentar, seja na fase anterior ao procedimento falimentar ou posterior a decretação falência.

Esse dispositivo merece atenção quanta à sua finalidade devendo ser reinterpretado de modo a atender às necessidades dos créditos trabalhistas, ainda mais em se tratando de créditos estritamente salariais.

A ordem de pagamento exposta pelo inciso I-A do artigo 84, ao prever em seu *caput* o comando “na ordem a seguir”, leva à uma desconsideração ao trabalho, ao salário e a natureza deste.

A saber, historicamente, “o trabalho na Antiguidade era um castigo, dando-nos uma ideia de pena, fadiga, tarefa penosa e pesada. Daí a expressão “trabalho”, originada de *tripalium* composto por três paus (estacas) usado para torturar escravos”. (LEITE, 2018, p. 48)

Esse significado na era antiga veio relativamente a cair por terra. Relativamente pois ainda faz sentido tal significado para alguns trabalhadores, cujo a valorização é uma realidade distante e tanto quanto remota.

Ademais, a tarefa penosa e pesada relacionada ao trabalho ainda é uma realidade quando pensa-se em diversos fatores como, por exemplo, o trabalho análogo ao escravo e o trabalho infantil.

Essa desvalorização deve ser impedida, não sendo a decretação da falência mais um empecilho ao dever ser significado do trabalho e nem motivo de retrocesso conceitual e prático.

Ainda, sabendo que “trabalho é toda atividade desenvolvida pelo homem para prover o seu sustento [...]”, (ROMAR, 2018, p. 39) nada mais digno do que seu tratamento de modo realmente prioritário, e não somente dentre as prioridades, já que o sustento é uma necessidade primeira para a vida humana.

Para conhecimento, “embora nem sempre coincidam os momentos históricos em todas as regiões do mundo, é possível compreender a história do trabalho por meio da evolução dos modos de produção de bens e serviços”. (LEITE, 2018, p. 48)

Assim, a evolução histórica do trabalho humano leva ao surgimento de uma legislação estabelecendo normas mínimas de proteção ao trabalhador, cuja importância foi aumentando com a evolução econômica e política dos países. (ROMAR, 2018, p. 43)

Dentre as principais legislações de normas mínimas de proteção ao trabalhador urbano e rural estão a Constituição da República Federativa do Brasil e a Consolidação das Leis do Trabalho compreendida como CLT.

Tamanha significativa também é compreendida externamente, como a sua tratativa na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em conhecêcia, doutrina-se então que:

O trabalho é reconhecido internacionalmente como um Direito Humano, como se infere do art. 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo também reconhecido no Brasil como um valor estruturante do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV) e um direito fundamental social (CF, art. 6º). (LEITE, 2018, p. 49)

Falando-se em Carta Maior, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quer seja, a atual Carta Magna, traz em seu conteúdo diversos pontos trabalhistas revelando a magnitude do Direito do Trabalho, mais do que isso, a magnitude do trabalho e o seu merecimento por proteção e reconhecimento como direito fundamental.

Por estas ideias, dentre tantos valores construídos por meio do trabalho, principalmente sociais, também fora instituído o seu preço em suas várias áreas de atuação e profissão de maneira a remunerar e não escravizar, e também remunerar sem escravizar, o qual deve ser amplamente respeitado.

Embora não seja uma realidade absoluta, a remuneração sem escravização é um direito de todos, como bem juridicamente tutelado e ligado ao mínimo existencial da pessoa humana e para condições humanas. Por este, dentre tantos outros motivos, deve ocorrer sua valorização em todos os campos, principalmente empresarial e falimentar, para garantir justamente o falado mínimo existencial.

Quando fala-se em direito empresarial, fala-se conseqüentemente em assunção do risco empresarial, o que é por óbvio de conhecimento de todo e qualquer empresário em referência à criação da pessoa jurídica, além de deveres do empregador e empregado, bem como, seus direitos.

Ao mencionar direitos do empregado, dentre tantos, o prioritário está em receber pelas contraprestações em favor do empregador e esse recebimento é denominado salário, o mesmo que garante o alimento diário dos trabalhadores e suas necessidades mais básicas.

Logo, é previsível que a palavra salário se origina como onerosidade às prestações de serviços e pode ser variável, todavia, com o seu valor mínimo respeitado e atualizado a cada ano, salvaguardado pela Constituição da República Federativa de 1988, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais.

O salário em si, não necessariamente apenas o mínimo, “é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho.” (DELGADO, 2019, p. 841)

O salário como modo representativo inclusive de tributos, porém, mais que isso, do ganha pão, atinge diretamente a sociedade, daí mais um motivo da sua classificação como direito fundamental social.

Neste sentido, reflete na significância da pessoa-social e o trabalho, logo, o salário está entre as preocupações de uma boa convivência e para o bem comum em suas adversidades, contemplando, ao menos deveria, a base de sobrevivência das relações e vida humana.

De forma a salientar, a existência do salário mínimo obrigatório e fixado em Lei – Carta Maior – nacionalmente unificado tem como fim o atendimento as necessidades vitais mínimas, como moradia, alimentação, higiene, educação e saúde.

A Constituição da República, a propósito, arrola tais necessidade imprescindíveis quando se reporta ao salário mínimo: “moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social (art. 7º, IV, CF)”. (DELGADO, 2019, p. 875)

A figura do salário divide com o próprio trabalho o magnetismo maior existente na relação empregatícia. O salário, como se sabe, constitui, [...] historicamente, como um dos temas principais e mais recorrentes das lutas obreiras. (DELGADO, 2019, p. 848/849)

A importância é tamanha que possui dentre as suas características, senão a principal delas, a alimentar.

O caráter *alimentar* do salário deriva do papel socioeconômico que a parcela cumpre, sob a perspectiva do trabalhador. O salário

atende, regra geral, a um universo de necessidades essenciais da pessoa humana e de sua família. (DELGADO, 2019, p. 875)

Por esta vereda, não é por nada que existe o princípio da irredutibilidade salarial tanto na Consolidação das Leis Trabalhistas quanto na Constituição da República Federativa do Brasil.

A natureza alimentar do salário é que responde por um razoável conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela – impenhorabilidade, inclusive. (DELGADO, 2019, p. 875)

Inclusivamente, a jurisprudência é vasta quanto ao reconhecimento da natureza alimentar dos créditos trabalhistas, seja na execução, na falência, na justiça cível ou trabalhista.

A exemplo é a ementa da decisão quanto ao Agravo de Petição da terceira turma do Tribunal Regional do Trabalho da terceira região de Minas, cuja relatora é Emilia Facchini:

PREFERÊNCIA – CRÉDITO TRABALHISTA – NATUREZA ALIMENTAR – No processo de execução, em caso de concorrência entre credores, o **crédito trabalhista** tem **preferência** em relação aos demais, dada a sua **natureza alimentar**. (TRT da 3ª Região do TRT-3 – AP: xxxxx-53.2007.5.03.0013 MG, Relatora: Emilia Facchini, Órgão Julgador: Terceira Turma) (grifo nosso)

Em decisão de Agravo de Petição da décima quinta região do Tribunal Regional do Trabalho, julgada pela quarta câmara de São Paulo, o relator Carlos Eduardo Oliveira relata o privilégio absoluto dos créditos trabalhistas frente a qualquer outro crédito, destacando ainda como parâmetro a inteligência do artigo 83, inciso I da Lei de Falência:

CRÉDITO TRABALHISTA. CONCURSO COM OUTROS CRÉDITOS ALIMENTARES. PREFERÊNCIA ABSOLUTA. O **crédito trabalhista**, por sua natureza,

é privilegiado de forma absoluta, **inclusive frente a outros créditos de natureza alimentar**. O art. 83, I, da Lei 11.101 estabelece o privilégio dos créditos oriundos do descumprimento da legislação trabalhista e os decorrentes de acidentes de trabalho, o que impede que se coloque à frente destes qualquer outro crédito, mesmo que possua natureza alimentar, como honorários advocatícios. (TRT da 15ª Região do TRT-15 – AP: xxxxx-97.2010.5.15.0048 SP, Relator: Carlos Eduardo Oliveira Dias, Órgão Julgador: 4ª Câmara) (grifo nosso)

Para mais, o Supremo Tribunal de Justiça a tempos reconhece a natureza alimentar dos créditos trabalhistas já que decide repetitivamente a equiparação dos honorários advocatícios como créditos trabalhistas cujo caráter é alimentar, estabelecendo então a preferência ao seu pagamento.

Senão, vejam a ementa dos Embargos de Divergência interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul ao acórdão da segunda turma do STJ:

TRIBUTÁRIO. PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. ART. 186, CAPUT, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. ERESP 706.331/PR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. PREFERÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. 1. A Corte Especial, ao julgar os EREsp 706.331/PR (rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 20.02.2008, DJ 31.03.2008), fixou o entendimento de que os honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, têm **natureza alimentar**. Embora o precedente refira-se à qualificação dos honorários para fins de emissão de precatório, aquele Colegiado prestigiou o paradigma (REsp 608028/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 28.06.2005, DJ 12.09.2005) que cuidou especificamente da ordem de preferência dos créditos contra devedor solvente (art. 186, caput, do CTN). Ademais, o voto-

condutor dos EREsp 706.331/PR expressamente equiparou os honorários aos créditos trabalhistas. 2. Os honorários advocatícios, equiparados aos **créditos trabalhistas, preferem** aos créditos tributários, nos termos do art. 186, caput, do CTN. 3. Recurso Especial provido. (fl. 236). (grifo nosso)

Pelo exposto, é mais do que evidente a importância do salário e a sua prioridade como crédito trabalhista em qualquer que seja a demanda, o que direciona ainda mais para a necessidade de releitura da ordem de pagamento dos créditos trabalhistas especificada no inciso I-A do artigo 84 da Lei 11.101 de 2005, já que, além de ser contrário à outros dispositivos da mesma lei, como é o caso do artigo 83 quando trata também de créditos trabalhistas mesmo que concursais mas ainda assim trabalhistas, não respeita a preferência basilar.

O artigo 150 é direcionado a frente do artigo 151 quando exposto no *caput* do artigo 84 o termo “na ordem a seguir” e logo no inciso I-A explicita 150 e 151. O artigo 150 respalda a administração como um todo, não deixa detalhado como administradores judiciais, por exemplo, trabalhadores responsáveis para o desenvolvimento do processo.

E mesmo que assim fosse, é sabido que o judiciário está a posto como segurança jurídica cuja base está em resolver conflitos e direcionar resoluções por meio de sentenças proferidas com fundamento legal, onde cabe ao magistrado permitir o pleno desenvolvimento das ações a ele distribuídas de modo a efetivar direitos, não sendo uma obrigação dos credores, ainda mais os de natureza estritamente salariais, cederem lugar às necessidades da administração falimentar.

O não recebimento dos créditos trabalhistas como realmente prioritários geram reflexos significativos, uma vez que estão ligados à qualidade de vida, a própria vida, a existência mínima, saúde, higiene, alimentação, dignidade, transporte, educação, vestuário, previdência social, bem comum, dentre outros.

Portanto, a necessária reinterpretação do artigo 84, vide inciso I-A, em face dos créditos trabalhistas em questão de ordem de pagamento na falência se faz forçosa mediante incontáveis reflexos, tanto quanto negativos, da redação vigente, deixando-se de lado o termo “na ordem a seguir”.

5. CONCLUSÃO

Mediante a significativa social do salário e dos demais créditos trabalhistas, resultados de labor e tempo, fica manifesto as suas prioridades sobre quaisquer outros, já que refletem em direitos sociais e fundamentais inúmeros, garantidos pela Constituição da República Federativa.

A atual ressignificação da palavra trabalho deve ser estimada ampliativamente de maneira a vedar o seu retrocesso e cumprir os direitos dos trabalhadores, os quais se dedicam e passam a maior parte do tempo de seus dias no trabalho e ou exercendo-o, sendo o salário e demais verbas trabalhistas o mínimo como “recompensa” das contraprestações exercidas, ao mesmo tempo em que é o objetivo maior existente na relação empregatícia.

A natureza alimentar do salário e de qualquer verba trabalhista é uma realidade reconhecida de modo vasto pela jurisprudência e norteadores do direito, bem como, um tanto quanto óbvia, afinal, ninguém trabalha sem objetivos financeiros vitais para a sobrevivência.

Nesse fim, reforça-se que a reinterpretação do artigo 84, inciso I-A, é medida indispensável como forma de garantir direitos úteis como moradia, higiene e alimentação.

REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, Manuel J. **Lei de recuperação de empresas e falência comentada**. 6ª Ed. RT. 2014.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Nova Lei de recuperação e falências comentada**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, 10 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 05 out. 2022.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de direito comercial – falência e recuperação de empresa**. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

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

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de direito empresarial**. – 8. ed. rev., ampl. e ref. – São Paulo: Atlas, 2016.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Falência e recuperação da empresa em crise**/ Vera Helena de Mello Franco, Rachel Sztajn. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito empresarial**. – 9. Ed. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAMEDE, Gladston. **Falência e recuperação de empresas.** – 11. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial.** – 12. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2021.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho/** coordenador Pedro Lenza. – 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ROQUE, Sebastião José. **Direito de Recuperação de Empresas.** São Paulo: Ícone, 2005.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Manual de Direito Empresarial.** – 3. Ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

STJ - TRIBUTÁRIO. PREFERÊNCIA DOS CRÉDITOS CONTRA DEVEDOR SOLVENTE. ART. 186, CAPUT, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. ERESP 706.331/PR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. PREFERÊNCIA EM RELAÇÃO AOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=12968845&tipo=51&nreg=200901026560&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20101207&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 05 out. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas,** v. 3. 5. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial,** volume 3: **falência e recuperação de empresas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TRT - CRÉDITO TRABALHISTA. CONCURSO COM OUTROS CRÉDITOS ALIMENTARES. PREFERÊNCIA ABSOLUTA. (TRT da 15ª Região

do TRT-15 – AP: xxxxx-97.2010.5.15.0048 SP, Relator: Carlos Eduardo Oliveira Dias, Órgão Julgador: 4ª Câmara) Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-15/1312688742>>. Acesso em: 05 out. 2022.

TRT – PREFERÊNCIA – CRÉDITO TRABALHISTA – NATUREZA ALIMENTAR. (TRT da 3ª Região do TRT-3 – AP: xxxxx-53.2007.5.03.0013 MG, Relatora: Emilia Facchini, Órgão Julgador: Terceira Turma). Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-3/1110695428>>. Acesso em: 05 out. 2022.

VELOSO, Waldir de Pinho. **Essência do direito comercial**. Montes Claros (MG): Editora Unimontes, 2001.

VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E AS CONDENAÇÕES DO FARAÓ E REI DOS *BITCOINS* PERANTE A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Wallace Fabrício Paiva Souza³¹

RESUMO: A recente modernização tecnológica tem causado no Direito vários impactos, e uma tecnologia revolucionária que se destaca no século XXI é a *blockchain*, que surgiu para viabilizar a criptomoeda *Bitcoin*. Ocorre que, como várias tecnologias revolucionárias que surgiram no mundo ao longo da história, há uma resistência por parte da sociedade e do Estado e, infelizmente, a *blockchain* tem sido associada à prática de crimes. Dessa forma, propõe-se para esta pesquisa a análise de dois casos famosos de condenações na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, quais sejam, o do “Faraó dos *Bitcoins*” e do “Rei dos *Bitcoins*”, verificando o que de fato ocorreu e examinando se há uma relação entre a tecnologia *blockchain* e a prática de crimes. A metodologia aplicada para a condução da pesquisa consiste predominantemente na análise de evolução do entendimento, com uma completa revisão bibliográfica das obras que tratam sobre os temas em questão.

Palavras-chave: Mercado de Capitais; Comissão de Valores Mobiliários; *Blockchain*; “Faraó do *Bitcoin*”; “Rei do *Bitcoin*”.

1. INTRODUÇÃO

A modernização tecnológica trouxe inúmeras possibilidades para o mundo e, como não poderia ser diferente, para o Direito também. Dentre as inovações, destaca-se a tecnologia *blockchain*, que ficou conhecida inicialmente como a forma de se viabilizar a

31 Advogado e Professor Universitário. Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos (Bolsista CAPES). Site: <https://www.wallacesouza.adv.br/>.

criptomoeda *Bitcoin*, porém hoje já adquiriu muitas funções, como ser um meio do empresário captar recursos na sua atuação.

Ocorre que, atualmente, há uma forte preocupação com essas inovações tecnológicas e os impactos no mercado financeiro, principalmente no âmbito criminal. Um exemplo dessa preocupação foi a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito para investigação do mercado de criptomoedas. Nota-se uma recorrente associação dos criptoativos à prática de crimes, embora sempre se afirme que a atuação do Estado não tem a intenção de prejudicar o mercado de criptoativos, mas sim criar um mercado seguro.

Propõe-se para este trabalho, assim, analisar dois casos famosos de condenações na Comissão de Valores Mobiliários – CVM, quais sejam, o do “Faraó dos *Bitcoins*” e do “Rei dos *Bitcoins*”, verificando o que de fato ocorreu e qual o fundamento da condenação, examinando se há uma relação entre a tecnologia *blockchain* e a prática de crimes.

A metodologia aplicada na condução desta pesquisa é predominantemente a análise de evolução do entendimento, com uma completa revisão bibliográfica das obras que tratam sobre *blockchain* e captação de recursos no mercado de capitais, entendendo o porquê das citadas condenações.

Para o desenvolvimento do trabalho, dividiu-se em 3 (três) partes. Iniciou-se com a contextualização do mercado de capitais no direito brasileiro e da Comissão de Valores Mobiliários. Após, analisou-se a tecnologia *blockchain* e como a Comissão de Valores Mobiliários a entende para fins de captação de recursos. Estabelecidos os pressupostos, desenvolveu-se, por fim, a análise das condenações do “Faraó dos *Bitcoins*” e do “Rei dos *Bitcoins*”.

2. O MERCADO DE CAPITAIS NO DIREITO BRASILEIRO E A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

O mercado de capitais forma um dos segmentos do Sistema Financeiro, que é o “conjunto de instituições e instrumentos que viabilizam o fluxo financeiro entre os poupadores e os tomadores de

recursos na economia” (BRASIL, 2019, p. 29). Trata-se de um sistema com enorme impacto no crescimento econômico de um país, uma vez que quem quer investir encontra alguém que precisa de recursos, com geração de emprego e renda. Para este trabalho, fundamental o conhecimento do mercado de capitais, uma vez que as condenações do “Faraó dos *Bitcoins*” e do “Rei dos *Bitcoins*”, que serão aqui analisadas, deram-se justamente nas atuações nesse mercado.

Segundo Eizirik, Gaak, Parente e Henriques (2011, p. 8), a função econômica essencial do mercado de capitais é permitir aos empresários captarem recursos não exigíveis, que não serão considerados empréstimos como no mercado de crédito. Em regra, as instituições terão que remunerar os investidores caso haja lucro no investimento, tratando-se de um mercado de risco. Nas palavras dos citados autores (2011, p. 8): “a companhia não está obrigada a devolver os recursos aos investidores (exceto no caso de debêntures ou de *commercial papers*, que também integram o mercado de capitais), mas, isto sim, a remunerá-los na forma de dividendos”.

Dessa forma, os investidores não possuem garantias quanto ao retorno dos investimentos, o que depende dos resultados do empresário. Além disso, o mercado de capitais possui outras características, assim resumidas por Eizirik, Gaak, Parente e Henriques (2011, p. 9):

- 1) conciliação do interesse do poupador de oferecer recursos a curto prazo (quando os valores mobiliários são dotados de liquidez) com a necessidade da empresa emissora de obter recursos de médio e longo prazos;
- 2) transformação dos montantes de capital, de sorte que pequenos e médios montantes de recursos, aportados por diferentes poupadores, convertem-se, por ocasião da subscrição de valores mobiliários, em grandes e consolidados montantes de capital;
- 3) transformação da natureza dos riscos, ao permitir que se transforme uma série de investimentos de alto risco individual, de longo prazo e sem liquidez, em

investimentos com maior segurança e prazos mais curtos;

4) maior agilidade do processo de transferência dos recursos, uma vez que os valores mobiliários (ações, debêntures, etc.) são padronizados e aptos a circular em massa;

5) obtenção de um maior volume de informações homogêneas sobre a oferta e demanda de recursos.

Para representar esse ato dos investidores emprestarem seus recursos para os empresários, são adquiridos títulos, chamados de valores mobiliários. A compreensão do que seja valor mobiliário pode ser trabalhada no aspecto normativo e abstrato, como bem explica Eduardo Goulart Pimenta (2023, p. 101). No aspecto normativo, valores mobiliários são “todos os títulos que, uma vez indicados em lei, são suscetíveis de serem negociados ao público, através do mercado”. Se a legislação o trouxer como valor mobiliário ele será assim considerado. No Brasil, destaca-se o art. 2º da Lei n. 6.385/1976, que traz o rol dos valores mobiliários, o qual foi reformulado incluindo instrumentos contratuais, sendo importante sua transcrição:

Art. 2º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: I - as ações, debêntures e bônus de subscrição; II - os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II; III - os certificados de depósito de valores mobiliários; IV - as cédulas de debêntures; V - as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos; VI - as notas comerciais; VII - os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários; VIII - outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes; e IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que

gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.³²

No que tange ao aspecto abstrato, fundamental o inciso IX do citado artigo que traz uma cláusula aberta, referindo-se a características comuns a todos os valores mobiliários. Há ordenamentos jurídicos que trazem a definição normativa como taxativa, sendo um exemplo a França, mas não é o caso do direito brasileiro. Menciona-se, inclusive, o *Howey Test*, que seria utilizado para verificar se um título seria valor mobiliário ou não ao extrair características comuns desse instituto.

Segundo a definição *Howey*, os valores mobiliários possuem como característica uma “transferência de bens suscetíveis de serem avaliados monetariamente e que possam ser usados como contribuição para determinado empreendimento econômico”, sendo que a finalidade é o lucro e o resultado todos os adquirentes participarão (PIMENTA, 2023, p. 102/103).

Um ponto de destaque dos valores mobiliários é que haverá uma variabilidade e incerteza quanto ao lucro que se almeja, sendo que em outros investimentos se sabe quanto e quando irão ganhar. Outro

32 Os parágrafos do citado dispositivo ainda trazem: “§1º Excluem-se do regime desta Lei: I - os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal; II - os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures. §2º Os emissores dos valores mobiliários referidos neste artigo, bem como seus administradores e controladores, sujeitam-se à disciplina prevista nesta Lei, para as companhias abertas. §3º Compete à Comissão de Valores Mobiliários expedir normas para a execução do disposto neste artigo, podendo: I - exigir que os emissores se constituam sob a forma de sociedade anônima; II - exigir que as demonstrações financeiras dos emissores, ou que as informações sobre o empreendimento ou projeto, sejam auditadas por auditor independente nela registrado; III - dispensar, na distribuição pública dos valores mobiliários referidos neste artigo, a participação de sociedade integrante do sistema previsto no art. 15 desta Lei; IV - estabelecer padrões de cláusulas e condições que devam ser adotadas nos títulos ou contratos de investimento, destinados à negociação em bolsa ou balcão, organizado ou não, e recusar a admissão ao mercado da emissão que não satisfaça a esses padrões. §4º É condição de validade dos contratos derivativos, de que tratam os incisos VII e VIII do caput, celebrados a partir da entrada em vigor da Medida Provisória no 539, de 26 de julho de 2011, o registro em câmaras ou prestadores de serviço de compensação, de liquidação e de registro autorizados pelo Banco Central do Brasil ou pela Comissão de Valores Mobiliários”.

elemento importante é a dependência do esforço ou competência de terceiros. O investidor não terá uma participação ativa. Além disso, há algumas características não essenciais, como “a não destinação ao uso ou consumo, a inexistência de critério de avaliação único e de preço mínimo de revenda” (PIMENTA, 2023, p. 104).

Em suma, podem-se trabalhar as lições de Modesto Carvalhosa (2015, p. 49):

Os valores mobiliários são direitos negociados em massa no mercado de capitais, geralmente representados por títulos ou contratos. Essa característica de negociação em massa implica a proteção jurídico-administrativa na colocação dos direitos junto ao público investidor. Daí a competência e a jurisdição administrativa da Comissão de Valores Mobiliários, advindas da Lei n. 6.385, de 1976, com as sucessivas alterações ocorridas. O conceito de valor mobiliário extrapola o de título de crédito, pertencendo a uma outra categoria jurídica, tendo função diversa. O que o caracteriza é a sua emissão e negociação com a finalidade de tornar-se objeto de investimento por parte dos seus tomadores, mediante os diversos mecanismos próprios do mercado de capitais.

Nesse contexto, a Lei n. 6.385/1976 instituiu em seu art. 5º a Comissão de Valores Mobiliários, sendo uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios. Ela existe para atuar sobre um mercado de complexidade técnica e constantes mudanças, em prol de uma eficiência e confiabilidade no mercado. Destaca-se a autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, e autonomia financeira e orçamentária, o que será fundamental para o exercício de suas funções.

Como se extrai do art. 6º da referida lei, a CVM “será administrada por um Presidente e quatro Diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais” (BRASIL, 1976, Art. 6º). Dentre suas finalidades, importante transcrever o art. 4º da lei:

Art. 4º O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de: I - estimular a formação de poupanças e a sua aplicação em valores mobiliários; II - promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais; III - assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão; IV - proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra: a) emissões irregulares de valores mobiliários; b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários. c) o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários. V - evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado; VI - assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido; VII - assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários; VIII - assegurar a observância no mercado, das condições de utilização de crédito fixadas pelo Conselho Monetário Nacional. (BRASIL, 1976, Art. 4º)

Trata-se de uma Comissão criada nos moldes da *Securities and Exchange Commission* – SEC, que desempenha papel semelhante no mercado de valores mobiliários dos Estados Unidos da América. Ambas são decorrentes “da necessidade de presença do Poder Público na intensa e constante fiscalização e disciplina de tão delicado, interdependente e importante mercado” (PIMENTA, 2023, p. 92), de modo que a existência do “terceiro confiável” aumente a credibilidade do mercado. Inclusive, isso é claramente observado no contexto de criação explicado por Eduardo Goulart Pimenta (2023, p. 93):

a SEC foi instituída em 1934, por meio do *Securities and Exchange Act*, como resposta à quebra da bolsa de Nova York, em 1929. A CVM, por sua vez, veio em razão da necessidade de melhor regramento e fiscalização do mercado acionário brasileiro, combatido que estava em virtude de uma série de condutas especulativas e fraudulentas praticadas no início da década de 1970, conhecidas como encilhamento.

Com isso, a CVM possui uma série de atribuições, principalmente de poder regulamentar, de fiscalizar os atos no mercado de valores mobiliários, de consulta, e de punir eventuais infrações praticadas. É válido destacar que pouca eficácia teria a CVM se ela não tivesse esses poderes, “a Lei conferiu à CVM os meios materiais e institucionais necessários ao cumprimento de sua missão” (BRASIL, 2022, p. 55).

E uma de suas atuações é justamente na captação pública de recursos no mercado de capitais, como se extrai do art. 19 da Lei n. 6.385/1976: “Nenhuma emissão pública de valores mobiliários será distribuída no mercado sem prévio registro na Comissão” (BRASIL, 1976). Mas por que buscar recursos dessa forma? Embora seja possível desenvolver projetos com os recursos gerados pelo próprio negócio, reinvestindo o próprio lucro, isso limita bastante as possibilidades. O empresário também pode recorrer ao capital de terceiros, como um empréstimo bancário. Porém, se utilizado em excesso esse recurso, há

o aumento da “vulnerabilidade da empresa aos humores da economia e a expõe a um maior nível de risco. Como consequência, o custo do financiamento é maior, podendo, em alguns casos, inviabilizar o negócio” (BRASIL, 2019, p. 211/212). Buscar recursos no mercado de capitais representa uma redução de risco e de custo de capital para o empresário.

Ocorre que essa busca de capital pelo mercado de valores mobiliários não é simples, devendo o empresário cumprir uma série de requisitos. Um exemplo prático dessa dificuldade é a pesquisa realizada pelo Instituto Mineiro de Mercado de Capitais em parceria com a Federação das Indústrias do Estado de Minas Gerais (Fiemg), o Ibmecc e a BMF&Bovespa, denominada como “Gestão, Governança e Mercado de Capitais: um estudo sobre empresas mineiras” (2015). Notou-se que a participação de Minas Gerais no mercado de capitais brasileiro está aquém do potencial da unidade da federação, considerando sua importância em outras áreas.

Destacam-se as dificuldades da área financeira com relação à captação de recursos mencionadas na pesquisa (INSTITUTO, 2015, p. 26/27): acesso a capital de giro em condições de prazo e custo adequados; acesso a financiamentos de médio e longo prazo em condições de prazo e custo adequados; dificuldades na estrutura de garantias para captação de recursos; insuficiência de controles financeiros e contábeis para atender as exigências do mercado financeiro; dificuldade de acesso e relacionamento com instituições e instrumentos do mercado financeiro; e resistência e/ou desconhecimento em relação ao acesso a instrumentos financeiros do mercado de capitais. Restou claro que as sociedades empresárias entendem que abrir capital é muito importante, mas as principais fontes de financiamento continuam sendo: geração de caixa próprio, financiamento institucional e aporte de capital dos próprios sócios, sob a alegação de que acessar o mercado de capitais envolvem muitos custos e muita burocracia.

Estabelecidos esses pressupostos, passa-se à análise de uma tecnologia que tem como uma das funcionalidades facilitar essa

captação de recursos, porém tem havido resistência à sua utilização considerando uma associação com a prática de crimes.

3. A TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E A CAPTAÇÃO PÚBLICA DE RECURSOS

Inicialmente, é importante entender a tecnologia *blockchain* e, segundo William Mougayar (2017, p. xxvii), “se a *blockchain* ainda não te chocou, garanto que o fará em breve”, de modo que seja possível trazer uma definição técnica, corporativa e legal. No que tange à definição técnica, *blockchain* é “base de dados de *back-end* que mantém um registro distribuído abertamente”. Trazendo uma definição corporativa, é “rede de trocas para valores em movimento entre partes”. E a definição legal diz que *blockchain* é “um mecanismo de validação de transações que não requer apoio de intermediários”. A *blockchain* possuirá capacidades nessas três esferas, sendo uma continuação da história da internet (MOUGAYAR, 2017, p. 4).

Na sua essência, a *blockchain* é “uma tecnologia que grava transações permanentemente de uma maneira que não podem ser apagadas depois, somente podem ser atualizadas sequencialmente, mantendo um rastro de histórico sem fim” (MOUGAYAR, 2017, p. xxvii). Isso traz consequências para a forma de criar transações, armazenar dados e mover ativos, de modo que embora pareça simples, pode-se dizer que

entender *blockchains* é difícil. Você precisa entender sua essência antes de estimar seu potencial. Além de suas capacidades tecnológicas, os *blockchains* carregam um arcabouço filosófico, cultural e ideológico que você precisa entender também. A menos que você seja um desenvolvedor de *software*, os *blockchains* não são um produto que você simplesmente liga e usa. Eles possibilitarão a utilização de outros produtos sem que nem ao menos você saiba que existe um *blockchain* por trás deles,

assim como você não conhece as complexidades que estão por trás do que está atualmente acessando na web. (MOUGAYAR, 2017, p. 1)

Tarcisio Teixeira e Carlos Alexandre Rodrigues (2019, p. 11) explicam que a tecnologia *blockchain* remonta a 2008, quando houve uma das maiores crises econômicas da história, decorrente da onda de empréstimos hipotecários irresponsáveis nos Estados Unidos da América com uma cadeia de inadimplência. Constatou-se que os “terceiros confiáveis”, que davam as garantias para as transações, eram frágeis, expondo o sistema financeiro.

Em 1º de novembro de 2008, um programador chamado Satoshi Nakamoto³³ divulgou um *paper* falando sobre a possibilidade de criação de uma nova moeda, “que fosse imune a políticas monetárias imprevisíveis dos Estados e Governos, bem como à manipulação de mercado praticada por banqueiros, políticos ou outros atores deste complexo mercado financeiro” (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2019, p. 15). Essa moeda era o *Bitcoin*, efetivamente criada em 3 de janeiro de 2009, e sua segurança estava na confiança matemática decorrente de programas de computador.

O *Bitcoin*, para surgir, precisaria de uma tecnologia completamente descentralizada, sem servidor central ou partes confiáveis. Bastaria um sistema de criptografia funcionando para viabilizar a moeda. Essa foi a *blockchain*, baseada nos seguintes princípios, conforme Don Tapscott e Alex Tapscott (2016, p. 58/84): a) integridade na rede: confiança é intrínseca, e não extrínseca, estando presente em todo o processo de forma distribuída; b) poder distribuído: o sistema distribui poder através de uma rede ponto a ponto sem nenhum ponto de controle; c) valor como incentivo: o sistema recompensa aqueles que trabalham nele; d) segurança: o sistema confere confidencialidade,

33 Não se sabe se é uma pessoa real, considerando que nunca apareceu publicamente, mas foi o nome “Satoshi Nakamoto” que assinou o *paper* sobre a origem do *Bitcoin*. Pode ser um pseudônimo representando uma ou mais pessoas. Recomenda-se, inclusive, o documentário “Banco ou *Bitcoin*”.

autenticidade e aceitação por meio da criptografia; e) privacidade: quem controla os negócios são as próprias pessoas, não havendo um terceiro para confirmar/validar; f) direitos preservados: direitos de propriedade são transparentes e executáveis; e g) inclusão: há uma redução de obstáculos à participação.

E a tecnologia *blockchain* foi muito mais além do que o *Bitcoin*. Inclusive, Bernard Marr (2018), na *Forbes*, trouxe trinta e cinco exemplos práticos da aplicação de *blockchain*, como: *videogames cross-gaming*, *Spotify*, *Uber*, *Airbnb*, *Accenture* e *MedicalChain*³⁴.

Para entender um pouco mais sobre seu funcionamento, um trabalho predominantemente jurídico não teria a condição de uma análise técnica de tecnologia da informação e nem é o objetivo deste trabalho, então se buscará o entendimento do funcionamento da *blockchain* naquilo que seja pertinente ao universo jurídico. E os juristas não precisam se preocupar, uma vez que a tecnologia funciona por si só, de modo automático.

Uma questão importante que não se pode deixar de destacar para este trabalho é segurança dos registros, de modo que haverá uma sequência de registros, formando uma linha do tempo que não poderá ser alterada. Como os registros são em sequência, a rede continua registrando quando eles acontecem. A rede distribuída da *blockchain* terá um livro-razão público, que é o local onde são feitos os registros de transações. Qualquer evento na rede *blockchain* terá um registro digitalmente assinado garantindo a autenticidade da transação. E assim vão formando uma rede de blocos que são encaixados, por isso o nome *blockchain* (cadeia de blocos). Em suma,

pode-se definir *Blockchain* como um registro de informações em um livro-razão público composto por uma rede P2P (*peer-to-peer* ou ponto a ponto) e um banco de dados distribuído e descentralizado. Em uma

34 Os 35 (trinta e cinco) exemplos práticos da aplicação de *blockchain* estão disponíveis no *link*: <https://forbes.com.br/negocios/2018/05/30-exemplos-praticos-da-aplicacao-de-blockchain/>.

rede P2P, todos compartilham dados e podem assumir funções diferentes. Alguns computadores ou usuários são chamados de nó. Toda informação lançada em um sistema que utiliza a tecnologia *Blockchain* é difundida entre todos os nós da rede de forma criptografada. O banco de dados é constituído por blocos que, juntos, formam uma cadeia. Cada bloco possui informações ou transações e cada modificação ou nova informação inserida é registrada em um dos blocos da cadeia. Esse histórico de informação cria o livro-razão. Os blocos são formados por *hashs* que são ligados ao bloco anterior, funcionando como *links* com os blocos anteriores até o bloco inicial, também conhecido como bloco gênese (o bloco que deu origem à cadeia). A *hash* é formada como uma chave criptografada, o que confere ao sistema segurança quanto à informação registrada. (CENTRO, 2020)

Nesse contexto de *blockchain*, há as *Initial Coin Offerings* - *ICOs*, que são para levantar fundos por meio da tecnologia distribuída da *blockchain*, com a emissão de *tokens* de valor na companhia. Há, inclusive, quem denomina as *ICOs* como “*IPO da Blockchain*”, sendo exemplo Don e Alex Tapscott (2016, p. 118).

A *Initial Public Offering* – *IPO* está no âmbito das ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários, sendo “um mecanismo para acesso ao capital e para conferir liquidez aos valores mobiliários, funcionando como alternativa a modalidades privadas de captação como empréstimos bancários e financiamentos diretos” (COMISSÃO, 2022, p. 730). O mercado de capitais será o meio de captação de recursos para que a companhia possa desenvolver sua atividade. Enquanto isso, a *ICO* se baseia na tecnologia *blockchain*, cujo pressuposto é um sistema distribuído. Há uma diferença substancial na forma de se fazer cada uma.

A grande questão é se as *ICOs* devem se sujeitar às normas da Comissão de Valores Mobiliários para captar recursos públicos no mercado, porque se encontram na *web* várias propostas de criação de

ICOs de forma rápida, simples e com baixo custo, algo inimaginável para uma IPO. Quando se analisa o site da Ardor (2020), por exemplo, há a promessa de “uma plataforma que forneça maneiras rápidas, fáceis, econômicas e escaláveis de usar *blockchain*”. O problema nas ICOs é que caso seja considerada como IPO, haverá uma fiscalização da entidade responsável pela regulação do mercado de valores mobiliários, com uma longa lista de condições a ser atendida, taxas legais, atraso na inovação e uma reestruturação das ideias por trás das ICOs de sistema distribuído.

No Brasil, a CVM caminha no sentido de exigir registro das ICOs que se caracterizem como operações de valores mobiliários. À título de exemplo, no caso da Deliberação 790, de 28 fev. 2018, entendeu a CVM que os *tokens* ofertados pela Hash Brasil teriam a natureza de valores mobiliários, logo deveriam se adequar à legislação do mercado de capitais. Foram aplicados os mesmos princípios do caso SEC vs. *Howey*. No caso da *Niobium*, por sua vez, como houve a utilização apenas de *utility tokens* (sem natureza de valores mobiliários), afastou-se a competência da CVM, como se verificou no Memorando n. 19, de 27 dez. 2017.

Mas até que ponto a utilização da *blockchain* caracteriza a prática de crimes por si só? Importante, a análise de dois casos relevantes: o do “Faraó dos *Bitcoins*” e o do “Rei dos *Bitcoins*”.

4. AS CONDENAÇÕES DO “FARAÓ DOS BITCOINS” E DO “REI DOS BITCOINS”

Um obstáculo muito presente quando se fala em *blockchain* é a fala de que essa tecnologia é usada por criminosos. Todavia, pode-se afirmar que culpar o *Bitcoin*, por exemplo, pela ação de criminosos, seria culpar o dinheiro pelo assalto aos bancos. Quando se trabalha o âmbito penal, é muito comum se falar da *deepweb* e da *Darknet*, e o surgimento de ambas é muito próximo da criação do *Bitcoin*, o que pode ser uma das razões para essa associação. Todavia, importante a distinção, lembrando-se que a tecnologia *blockchain* trabalha como um

livro-caixa criptografado, com o registro de tudo, enquanto a *deepweb* é um conteúdo da internet não indexado pelos mecanismos de busca e *darknet* um nome genérico para a rede que permite compartilhamento de dados de maneira anônima e criptografada (SILVEIRA, 2018, p. 101).

Casos sempre lembrados são o do mercado de assassinos da *deepweb*, uma vez que os pagamentos em regra eram feitos com *Bitcoins* pela promessa de anonimato, e a *Silk Road*, que permitiu que pessoas comprassem drogas *online*, e o *Bitcoin* mais uma vez seria a moeda de troca (SILVEIRA, 2018, p. 110/114).

Ocorre que esse problema já foi enfrentado em inúmeras oportunidades. Por exemplo, quando surgiram as duplicatas virtuais, defendeu-se a falácia de que elas contribuiriam para a existência das duplicatas simuladas, porém o crime do art. 172 do Código Penal³⁵ tem redação de 1990, muito antes da existência da duplicata virtual, cuja fundamentação legal a doutrina atribui ao art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.492/1997³⁶ (SOUZA, 2017).

Sendo assim, passa-se à análise de dois casos recentes envolvendo captação pública de recursos para verificar o que de fato ocorreu e como a Comissão de Valores Mobiliários tem lidado com essa temática.

35 “Duplicata simulada. Art. 172 - Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990) Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 8.137, de 27.12.1990) Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas. (Incluído pela Lei nº 5.474, de 1968)”. (BRASIL, 1940, Art. 172)

36 “Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas”. (BRASIL, 1997, Art. 8º, parágrafo único)

4.1 O CASO DO “FARAÓ DOS BITCOINS”

A Comissão de Valores Mobiliários, em 29 ago. 2023, multou em R\$102.000.000,00 (cento e dois milhões de reais) os acusados no caso do “Faraó dos *Bitcoins*”, sendo a condenação decorrente do Processo Administrativo Sancionador 19957.002835/2022-47. Esse caso é referente ao Sr. Glaidson Acácio dos Santos, ex-garçom e ex-pastor, que foi preso na Operação *Kryptos* da Polícia Federal, por conta de um esquema de pirâmide financeira que movimentou mais de R\$38.000.000.000,00 (trinta e oito bilhões de reais) e lesou inúmeros investidores de criptoativos.

Em investigação no processo criminal que respondeu, verificou-se que

para eliminar os concorrentes, Glaidson se transformou em uma espécie de ‘tubarão do extermínio’, e montou uma organização bem estruturada, com armas, empresas de fachada, espões e matadores profissionais. Tudo coordenado por uma espécie de setor de inteligência. O grupo criou seis empresas de fachada. Elas eram usadas para transferir dinheiro para outras empresas, que pagavam as contas da organização. Despesas como a compra de armas, pagamento de seguranças e pistoleiros e contratação de detetives para monitorar as vítimas. (TCHAO, 2023)

Mesmo preso, candidatou-se a uma vaga na Câmara dos Deputados pelo Partido Democracia Cristã e obteve 37.035 (trinta e sete mil e trinta e cinco) votos, mas, além de não ter sido eleito, também teve negado o registro de sua candidatura por conta da Lei Complementar n. 64/1990, também conhecida como Lei das Inelegibilidades ou Lei da Ficha Limpa (SANTOS, 2022).

Mas no que tange especificamente sobre o processo administrativo perante a Comissão de Valores Mobiliários, destacada a independência das instâncias criminal, cível e administrativa, ele foi instaurado pela Superintendência de Registro de Valores Mobiliários para apurar a responsabilidade de G.A.S. Consultoria e Tecnologia Ltda., Glaidson Acacio dos Santos e Mirelis Yoseline Diaz Zerpa por suposta realização de oferta pública de valores mobiliários sem registro e/ou dispensa da CVM e operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários (BRASIL, 2023a).

Ao analisar o caso, a Comissão de Valores Mobiliários entendeu por multa de R\$34.000.000,00 (trinta e quatro milhões de reais) para cada um dos envolvidos por conta da realização de oferta pública de valores mobiliários sem registro e/ou dispensa da autarquia, e proibição para atuar em operações no mercado de valores mobiliários brasileiro por conta da operação fraudulenta (BRASIL, 2023a).

Segundo voto do Relator Presidente João Pedro Nascimento, caracterizou-se uma oferta pública uma vez que preenchidos os requisitos do inciso IX do art. 2º da Lei n. 6.385/1976:

- (i) A oferta era pública, com esforços de distribuição por meio da internet e de eventos públicos, alcançando um número indeterminado de investidores, o que é atestado pelo vultoso montante captado;
- (ii) Havia investimento, consistente do aporte de capital pelos investidores na contratação dos serviços de aplicação de recursos no mercado de criptoativos prestado pelos Acusados;
- (iii) O investimento era formalizado por instrumento contratual denominado 'Contrato de Prestação de Serviços para Terceirização de Trader de Criptoativo', havendo, ainda, previsão de emissão de 'nota promissória' representando os recursos aportados pelos investidores;
- (iv) Tratava-se de empreendimento coletivo, na medida em que os investidores partilhavam a expectativa comum de recebimento de rendimentos

em decorrência da aplicação dos recursos por eles aportados no mercado de criptoativos;
(v) Havia expectativa de benefício econômico, tendo sido pactuada uma remuneração mensal no instrumento contratual firmado; e
(vi) O empreendimento coletivo decorria do esforço do empreendedor, da G.A.S. e de seus administradores, que aplicariam os recursos aportados no mercado de criptoativos. (BRASIL, 2023b)

Então, além do aspecto criminal que envolve a pirâmide financeira, a Comissão de Valores Mobiliários entendeu que a captação pública de recursos exige o seu registro ou dispensa perante a autarquia, sob pena de violação da lei e consequente condenação. Independente se relativo a criptoativos ou não, preenchidos os requisitos do citado dispositivo da lei n. 6.385/1976, deve haver a sua atuação.

O que se pode perceber é que a *blockchain*, tecnologia ligada ao *Bitcoin*, não teve nenhuma relação com as fraudes ocorridas, uma vez que o problema foi captar recursos no mercado visando à prática de uma pirâmide financeira.

4.2 O CASO DO “REI DOS BITCOINS”

Em 03 out. 2023, a Comissão de Valores Mobiliários também multou em R\$48.100.000,00 (quarenta e oito milhões e cem mil) os acusados no caso do Sr. Cláudio José de Oliveira, conhecido como “Rei dos *Bitcoins*”. A condenação foi decorrente do Processo Administrativo Sancionador 19957.009444/2019-58, instaurado pela Superintendência de Registro de Valores Mobiliários para apurar a responsabilidade de Bitcurrency Moedas Digitais S.A., CLO Participações e Investimentos S.A., Cláudio José de Oliveira e Johnny Pablo Santos pela realização de oferta pública de valores mobiliários sem registro ou dispensa da autarquia (BRASIL, 2023c).

O “Rei dos *Bitcoins*”, como também foi o caso do “Faraó dos *Bitcoins*” teve condenação no âmbito criminal. Ele foi acusado de cometer uma fraude de R\$1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de reais) em simulações de negociações de criptomoedas, com mais de sete mil pessoas lesadas.

Segundo a Polícia Federal, não havia efetivamente a negociação de criptomoedas, de modo que ocorriam falsas negociações para aplicar golpes nos clientes e realizar os desvios. Inclusive, o início da investigação partiu de um boletim de ocorrência do próprio Sr. Cláudio José de Oliveira:

As corretoras ligadas ao “Rei do *Bitcoin*” passaram a ser investigadas em 2019, após o proprietário registrar um boletim de ocorrência afirmando que havia sido vítima de um ataque cibernético. À época, os valores de todos os credores foram bloqueados pela empresa. Com o passar das investigações e com a falta de colaboração do proprietário da empresa, a Polícia Civil e o Ministério Público desconfiaram que o ataque cibernético era falso e que o grupo havia cometido crimes, como estelionato. Após denunciarem o suposto ataque cibernético, o grupo suspeito prometeu aos credores que devolveria os valores bloqueados em parcelas. Apesar disso, segundo a PF, os valores nunca foram quitados. De acordo com a Polícia Federal, Cláudio José de Oliveira é um ‘habilidoso estelionatário, que mantinha ao seu redor pessoas ignorantes aos assuntos que o criminoso dizia dominar, especialmente relacionados à engenharia financeira do Grupo *Bitcoin Banco*’. (KRÜGER; VIANNA, 2022)

Especificamente sobre o processo administrativo perante a Comissão de Valores Mobiliários, o objeto foi a apuração da responsabilidade dos acusados quanto à suposta realização de oferta

pública de valores mobiliários sem registro e/ou dispensa da CVM. Segundo o voto do Diretor João Accioly:

Ao se proceder ao teste da presença dos requisitos do art. 2º, IX, os dois primeiros itens são de clareza cristalina: (i) havia aportes de recursos pelos investidores, por meio de *bitcoin*, e (ii) tais investimentos eram formalizados em instrumentos contratuais, como os das modalidades anexadas aos autos. Também nítido o atendimento dos dois últimos requisitos: (iv) os contratos conferiam o direito a diferentes formas e tipos de remuneração, devidamente especificadas tanto na descrição dos produtos na página do Banco *Bitcoin* na internet, quanto nos instrumentos contratuais; e (v) a remuneração decorria dos esforços do ofertante, que dizia possuir “profissionais com vasta experiência no mercado financeiro tradicional e no mercado de criptomoedas” e mantinha estrutura própria de negociação desses ativos, nas plataformas *NegocieCoins* e *TemBTC*. [...] Quanto à falta de indicação de características da atividade como coletiva nos instrumentos dos CIC, o que a lei requer é que os rendimentos advenham do empreendimento alheio, e não que essa origem seja objeto do contrato de investimento. Entendo satisfatoriamente demonstrado que os rendimentos adviriam da atividade da *Bitcurrency* ao aplicar os recursos captados dos investidores em geral, o que preenche o requisito (iii) da verificação da incidência do art. 2º, IX, da Lei 6.385/76. (BRASIL, 2023d)

Sendo assim, independente do aspecto criminal, a condenação foi por conta da captação pública de recursos sem a autorização da companhia, mas com agravantes: “(i) a prática reiterada da conduta irregular; (ii) o elevado prejuízo causado a investidores; (iii) a expressiva vantagem auferida ou pretendida pelos infratores; e (iv)

a existência de dano relevante à imagem do mercado de valores mobiliários” (BRASIL, 2023d).

Destaca-se, mais uma vez, o entendimento da Comissão de Valores Mobiliários que o fato de se tratar de criptoativos não exclui a sua atuação. Preenchidos os requisitos do inciso IX do art. 2º da lei n. 6.385/1976, ela deve atuar. E, como no caso anterior, a *blockchain* também não teve relação com as fraudes ocorridas, uma vez que o problema foi simular a negociação de criptomonedas.

4.3 FAQ DA CVM SOBRE INITIAL COIN OFFERINGS (ICOS)

A CVM, em 16 de novembro de 2017, criou um *Frequently Asked Questions (FAQ)* – “Perguntas Frequentes”. Seguindo o mesmo caminho da nota anteriormente emitida, afirmou que está acompanhando as operações de *ICOs* que estão ocorrendo para saber os benefícios e riscos. Considerando a sua competência em decorrência da Lei n. 6.385/76, entendeu por bem prestar os esclarecimentos via *FAQ*.

Inicialmente, trouxe o conceito de uma *Initial Coin Offering (ICO)*, definindo da seguinte forma:

Podem-se compreender os *ICOs* como captações públicas de recursos, tendo como contrapartida a emissão de ativos virtuais, também conhecidos como *tokens* ou *coins*, em favor do público investidor. Tais ativos virtuais, por sua vez, a depender do contexto econômico de sua emissão e dos direitos conferidos aos investidores, podem representar valores mobiliários, nos termos do art. 2º da Lei 6.385/76. Os *ICOs* vêm sendo utilizados como uma estratégia inovadora de captação de recursos por parte de empresas ou projetos em estado nascente ou de crescimento, muitos ainda em estado pré-operacional, o que enseja um componente de risco por si só. (COMISSÃO, 2017)

Segundo a CVM, uma *ICO* é algo inovador por se utilizar de meios exclusivamente digitais, com maior facilidade e agilidade para a captação de recursos, excluindo as fronteiras. Além disso, terá maior velocidade e precisão dos registros, em função da tecnologia utilizada.

Posteriormente, a CVM destacou que há mais de um tipo de *ICO*, podendo os ativos virtuais emitidos serem caracterizados como valores mobiliários, por conferirem ao investidor direitos de participação no capital, por exemplo, ou não serem valores mobiliários, conferindo ao investidor tão somente “acesso à plataforma, projeto ou serviço, nos moldes de uma licença de uso ou de créditos para consumir um bem ou serviço” (COMISSÃO, 2017).

Será de interesse da CVM se o ativo virtual emitido no âmbito de uma *ICO* for valor mobiliário, uma vez que assim atrairá o seu regramento, salvo se houver a dispensa de registro. Logo, o que de fato importa para um possível emissor que queira realizar uma *ICO*, que se caracterize como valores mobiliários no Brasil, é que ele deverá observar a regulamentação da CVM, sob pena de estar sujeito às sanções e penalidades aplicáveis.

No que tange às *exchanges* de ativos virtuais, que prestam serviços de negociação, pós-negociação e custódia de ativos virtuais que não se caracterizam como valores mobiliários, deixou-se claro que não são autorizadas pela CVM ou Banco Central para prestar serviços referentes a ativos financeiros. Caso queiram, deverão ter o devido registro, não havendo dispensa.

A CVM se preocupou, também, em se mostrar atenta aos outros reguladores internacionais, citando que há reguladores que adotam uma postura mais restritiva quanto a *ICO*, chegando até a proibir, mas não detalhou quais reguladores fazem isso. Mas disse também que há autoridades que entendem que a legislação do mercado de capitais deve ser respeitada quando houver emissão de valores mobiliários. Por fim, a CVM destacou os riscos associados às *ICOs*, dentre eles a possibilidade de fraudes e pirâmides financeiras.

Nos julgamentos dos casos do “Faraó dos *Bitcoins*” e do “Rei dos *Bitcoins*”, observou-se uma coerência da CVM com os entendimentos manifestados no *FAQ*.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisados os casos do “Faraó dos *Bitcoins*”, do “Rei dos *Bitcoins*” e a tecnologia *blockchain*, verifica-se que não possuem relação. Embora a *blockchain* tenha sido a tecnologia que viabilizou a criptomoeda *Bitcoin*, o que caracterizou a ilicitude nos citados casos não foi a utilização da tecnologia, mas sim a prática de condutas fraudulentas fora da tecnologia. Como afirmado no desenvolvimento deste artigo, culpar o *Bitcoin* pela ação de criminosos seria culpar o dinheiro pelo assalto aos bancos.

A associação entre criptoativos e criminalidade não é razoável, uma vez que a tecnologia *blockchain* surgiu em 2008. Inclusive, destaca-se que o seu surgimento foi após uma das maiores crises econômicas da história, quando as pessoas “confiáveis” concederam empréstimos hipotecários irresponsáveis com uma cadeia de inadimplência. Além disso, o esquema de pirâmides financeiras também é bem anterior ao surgimento do *Bitcoin*.

Porém, há ainda vários questionamentos quanto a sua adequação perante o ordenamento jurídico, embora seja uma tecnologia que já está sendo aplicada e utilizada no mundo inteiro. Como não há uma regulamentação específica sobre o tema de algo que altera toda a lógica de funcionamento das relações mais comuns, é esperado que haja uma resistência. Afinal, a segurança na rede *blockchain* é garantida sem um terceiro confiável, de forma distribuída, o que é revolucionário.

Esse debate sobre novas tecnologias serem boas ou ruins é antigo. Quanto à *blockchain*, talvez não se tenha uma resposta exata e objetiva, mas fato é que ela já está presente no dia a dia. Este autor acredita que por mais que haja algumas desvantagens na tecnologia, ninguém estaria disposto a ficar sem ela, considerando os avanços em

alimentação, medicina, infraestrutura, dentre outros. Considerando de forma geral, a história da tecnologia mostra que ela foi positiva e, ainda que haja resistência à *blockchain*, ela pode ser extremamente útil para o desenvolvimento da sociedade. O que se pretende demonstrar, então, é que as fraudes não surgiram com a *blockchain*, sendo milenares.

O que resta, por hora, é acompanhar as novidades nos órgãos de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) e verificar os rumos da atuação estatal nessa realidade econômica que é muito promissora. Não se deve debater se a tecnologia *blockchain* deve ou não permanecer, deve-se buscar a resposta de como a adequar para o ordenamento jurídico brasileiro. Um exemplo é a necessidade de compatibilizar atuação da Comissão de Valores Mobiliários com o uso de uma tecnologia que funciona sem uma autoridade central. Fato é que não há limites para a economia criada pela internet, então que se acompanhem as mudanças que estão por vir para dar o devido tratamento jurídico na busca pela tão sonhada segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ARDOR. **Ardor Solves Blockchain Problems**. 2020. Disponível em: <<https://ardorplatform.org/>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. CVM multa em R\$ 102 milhões acusados de esquema fraudulento do “Faraó das *Bitcoins*”. **Gov.br**, 29 ago. 2023a. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-multa-em-r-102-milhoes-acusados-de-esquema-fraudulento-do-201cfarao-das-bitcoins201d>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. CVM multa em R\$ 48.1 milhões acusados de realizarem oferta pública irregularmente no mercado de capitais. **Gov.br**, 03 out. 2023c. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-multa-em-r-48-1-milhoes-acusados-de-realizarem-oferta-publica-irregularmente-no-mercado-de-capitais>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Deliberação n. 790, de 28 de fevereiro de 2018. Colocação irregular de contratos de investimento coletivo no mercado de valores mobiliários sem os competentes registros previstos na Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, na Instrução CVM n.º 400, de 29 de dezembro de 2003 e na Instrução CVM n.º 480, de 7 de dezembro de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 mar. 2018. Disponível em: < <http://www.in.gov.br/web/dou/-/deliberacao-n-790-de-28-de-fevereiro-de-2018-4882829>>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Direito do mercado de valores mobiliários brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/investidor/pt-br/educacional/publicacoes-educacionais/livros-cvm/direito-do-mercado-de-valores-mobiliarios>. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. FAQ da CVM a respeito do tema: Initial Coin Offerings (ICOs). **Gov.br**, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/initial-coin-offerings--icos--88b47653f11b4a78a276877f6d877c04>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Memorando nº 19/2017-CVM/SRE**: ICO - Niobium. Rio de Janeiro, 27 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisoes/anexos/2018/20180130/088818_ManifestacaoSRE.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Mercado de valores mobiliários brasileiro**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2019. Disponível em: https://www.gov.br/investidor/pt-br/educacional/publicacoes-educacionais/livros-cvm/livro_top_mercado_de_valores_mobiliarios_brasileiro_4ed.pdf. Acesso em: 08 out. 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS CVM nº 19957.002835/2022-47. Rel. Presidente João Pedro Nascimento. **Gov.br**, 29 ago. 2023b. Disponível em: https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2023/20230829_pas_cvm_19957_002835_2022_47_presidente_cvm_joao_pedro_nascimento_voto.pdf. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. PAS CVM nº 19957.009444/2019-58. Rel. Diretor João Accioly. **Gov.br**, 03 out. 2023d. Disponível em: https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/anexos/2023/20231003_pas_cvm_19957_009444_2019_58_diretor_joao_accioly_voto.pdf. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385compilada.htm>. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.492, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm>. Acesso em: 09 out. 2023.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de sociedades anônimas**: Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, Artigos 1 a 74.

CENTRO SENAI de Tecnologias Educacionais. **Desvendando a blockchain**. Curso Online de Aperfeiçoamento Profissional. 2020. Disponível em: <<https://online.sp.senai.br/curso/87241/483/curso-desvendando-a-blockchain>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais**: regime jurídico. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

INSTITUTO Mineiro de Mercado de Capitais. **Gestão, Governança e Mercado de Capitais**: um estudo sobre empresas mineiras. Belo Horizonte: IMMC, 2015.

KRÜGER, Ana; VIANNA, José. ‘Rei do *Bitcoin*’ é condenado por estelionato e crimes contra o sistema financeiro. **G1**, 12 abr. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2022/04/12/rei-do-bitcoin-e-condenado-por-estelionato-e-crimes-contra-o-sistema-financeiro.ghtml>. Acesso em: 09 out. 2023.

MARR, Bernard. 35 exemplos práticos da aplicação de blockchain. **Forbes**, 28 mai. 2018. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2018/05/30-exemplos-praticos-da-aplicacao-de-blockchain/>. Acesso em: 10 out. 2023.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário**. Belo Horizonte: Expert, 2023.

SANTOS, Eliane. Mesmo preso e com candidatura sub júdice, 'Faraó dos *Bitcoins*' consegue mais de 37 mil votos no Rio. **G1**, 03 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/eleicoes/2022/noticia/2022/10/03/mesmo-presos-e-com-candidatura-sob-judice-farao-dos-bitcoins-consegue-mais-de-37-mil-votos-no-rio.ghtml>. Acesso em: 09 out. 2023.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Bitcoin e suas fronteiras penais**: em busca do marco penal das criptomoedas. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

SOUZA, Wallace Fabrício Paiva Souza. **A executividade dos títulos de crédito escriturais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SOUZA, Wallace Fabrício Paiva. **Blockchain e a captação pública de recursos**: um comparativo entre IPO e ICO à luz das normas da CVM. Belo Horizonte: Expert, 2020. Disponível em: <https://experteditora.com.br/blockchain/>. Acesso em: 08 out. 2023.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain Revolution**: como a tecnologia por trás do *Bitcoin* está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: Senai-SP, 2016.

TCHAO, Eduardo. Faraó dos *Bitcoins* é transferido para presídio de segurança máxima fora do RJ. **G1**, 25 jan. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/01/25/farao-dos-bitcoins-e-transferido-para-presidio-de-seguranca-maxima-fora-do-rj.ghtml>. Acesso em: 09 out. 2023.

TEIXEIRA, Tarcísio; RODRIGUES, Carlos Alexandre. ***Blockchain e Criptomoedas***: aspectos jurídicos. Salvador: JusPodivm, 2019.

GESTÃO DA INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E EMPREENDEDORISMO: TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR APLICATIVOS E SITES EDUCACIONAIS

Melissa Barrioni e Oliveira³⁷

RESUMO: O presente artigo visa explorar a importância da gestão da inovação no âmbito educacional, destacando como a utilização de tecnologias inovadoras pode melhorar o processo de ensino-aprendizagem e potencializar o engajamento dos estudantes, buscando discutir a relevância da proteção da propriedade intelectual para fomentar o desenvolvimento de novas soluções educacionais e encorajar a criação de ambientes virtuais que atendam às necessidades específicas dos alunos. A pesquisa busca investigar as medidas de proteção e preservação dos dados pessoais de crianças e adolescentes, especialmente ao utilizar tecnologias e inovações em plataformas, aplicativos e sites educacionais, visando ainda, a garantia da segurança jurídica nas relações utilizando-se de estudos doutrinários, legislações e artigos pertinentes ao tema.

Palavra-chave: Inovação. Tecnologia. Educação. Tratamento dos dados. Criança e adolescente.

1. INTRODUÇÃO

A gestão da inovação, a proteção da propriedade intelectual e o empreendedorismo são temas de crescente relevância no contexto educacional, especialmente quando se trata do tratamento de dados

³⁷ Presidente da Comissão de Proteção de Dados da OAB/MG - triênio 2022/2024. Membro Consultora da Comissão Especial de Proteção de Dados do CFOAB. Professora e Coordenadora da Pós-graduação em de Proteção de Dados e Privacidade da ESA/MG e CEDIN. Palestrante. Especializada em Compliance e LGPD. Partner e Co-founder da BSS Consult. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CAD (Centro de Atualização em Direito) e FUMEC/MG. Pós-Graduada em Docência com Ênfase em Educação Jurídica pela Universidade Arnaldo.

de crianças e adolescentes por aplicativos e sites educacionais. A era digital trouxe consigo uma transformação significativa na forma como a educação é conduzida, abrindo caminho para o uso crescente de tecnologias digitais em sala de aula.

Aplicativos e sites educacionais têm se tornado ferramentas cada vez mais populares, permitindo o acesso a uma variedade de recursos interativos e conteúdos educacionais diversificados. No entanto, o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes em tais plataformas exige uma abordagem cuidadosa para garantir a segurança, privacidade e apropriada proteção desses dados sensíveis.

Esta introdução visa explorar a importância da gestão da inovação no âmbito educacional, destacando como a utilização de tecnologias inovadoras pode melhorar o processo de ensino-aprendizagem e potencializar o engajamento dos estudantes. Além disso, será discutida a relevância da proteção da propriedade intelectual para fomentar o desenvolvimento de novas soluções educacionais e encorajar a criação de ambientes virtuais que atendam às necessidades específicas dos alunos.

No contexto do empreendedorismo, será abordada a forma como as empresas e instituições de ensino podem atuar como agentes de inovação, promovendo a disseminação de tecnologias educacionais e impulsionando a adoção de aplicativos e sites voltados para a educação de crianças e adolescentes.

Contudo, é crucial reconhecer que, embora essas tecnologias tragam inúmeros benefícios, elas também trazem preocupações quanto à segurança e privacidade dos dados dos usuários mais jovens. Nesse sentido, será analisada a importância de uma abordagem responsável e ética no tratamento dos dados de crianças e adolescentes, considerando as normas legais e regulatórias, bem como as diretrizes estabelecidas por órgãos reguladores.

Assim, esta pesquisa se propõe a explorar os desafios e oportunidades inerentes à gestão da inovação, proteção da propriedade intelectual e empreendedorismo na área da educação digital, focando no tratamento de dados de crianças e adolescentes em aplicativos e

sites educacionais. A partir dessa análise, buscará fornecer *insights* e recomendações que possam contribuir para a criação de ambientes educacionais seguros, eficientes e inovadores, impulsionando o avanço da educação digital de forma responsável e ética.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi promulgada no Brasil para garantir a segurança e privacidade dos dados pessoais. Ela também destaca a importância da proteção dos dados de crianças e adolescentes, algo que já é garantido pela Constituição Federal e tratados internacionais.

Dessa forma, a inovação na Educação impulsionada pela tecnologia visa atender às necessidades dos alunos do século XXI e promover a equidade, enquanto a LGPD busca proteger os dados pessoais, especialmente os de crianças e adolescentes, conforme dispositivos constitucionais e tratados internacionais.

A Constituição Federal garante os direitos de crianças, adolescentes e jovens, assegurando seu bem-estar, dignidade e proteção contra negligência, discriminação e violência. O Decreto nº 99.710/1990 ratificou os direitos das crianças conforme a Convenção sobre os Direitos da Criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente reforça a responsabilidade da família, sociedade e Estado em garantir esses direitos.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) destaca a importância de proteger os dados pessoais de crianças e adolescentes. O tratamento de seus dados deve ser realizado com consentimento específico dos pais ou responsáveis, e as informações devem ser apresentadas de forma clara e acessível, considerando suas características físicas e mentais.

O projeto tem como foco a segurança jurídica no tratamento de dados de crianças e adolescentes em instituições de ensino, onde muitos passam grande parte de seu desenvolvimento social. A adoção de tecnologias nas escolas pode tornar o estudo mais atrativo, mas é essencial garantir a proteção dos dados pessoais dos alunos para evitar vazamentos e invasões de privacidade.

Dessa forma, a pesquisa busca investigar as medidas de proteção e preservação dos dados pessoais de crianças e adolescentes, especialmente ao utilizar tecnologias e inovações em plataformas, aplicativos e sites educacionais, com o objetivo de garantir segurança jurídica nessas relações.

2. INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NA EDUCAÇÃO

A inovação é a busca por fazer algo novo e diferente, por meio de combinações inéditas de materiais e forças. Com a rápida evolução tecnológica, a Educação também se transforma, adaptando-se ao perfil do aluno do século XXI. Algumas escolas têm procurado tornar o ensino mais personalizado, utilizando tecnologias digitais, como ambientes virtuais de aprendizado (TAVARES, 2019). As inovações tecnológicas na Educação promovem a equidade ao democratizar o acesso à informação e oportunidades educacionais. Recursos educacionais abertos, cursos online massivos e outras ferramentas têm permitido um amplo acesso ao conhecimento produzido pela humanidade (CARDOSO, 1997). Inovação, propriedade intelectual e empreendedorismo são aspectos fundamentais no contexto educacional, especialmente quando tratamos do uso de aplicativos e sites educacionais para o tratamento de dados de crianças e adolescentes (TAVARES, 2019). A busca por transformar a educação através da inovação é essencial para criar um ambiente de aprendizagem mais eficiente e atrativo para os estudantes. Novas tecnologias e metodologias de ensino têm o potencial de elevar a qualidade do ensino, estimular o engajamento dos alunos e prepará-los para os desafios futuros (CUNHA, 2016). Nesse sentido, o uso de aplicativos e plataformas digitais tem se tornado cada vez mais relevante na educação, oferecendo acesso rápido ao conhecimento, uma ampla variedade de recursos interativos, maior flexibilidade no aprendizado e a possibilidade de personalização do conteúdo de acordo com as necessidades dos estudantes (CUNHA, 2016). No entanto, é importante destacar que essas ferramentas devem

ser vistas como complementos ao ensino presencial, valorizando a interação entre alunos, professores e colegas de sala (TORRES, 2021).

Apesar das inúmeras vantagens proporcionadas pelas plataformas educacionais, é fundamental considerar a segurança e privacidade dos dados dos usuários, principalmente quando se trata de crianças e adolescentes (CARDOSO, 1997). O tratamento responsável e ético dos dados pessoais é imprescindível para garantir a confiança dos usuários e proteger sua privacidade (CUNHA, 2016).

Nesse contexto, medidas preventivas são necessárias para assegurar a proteção dos dados dos usuários (TORRES, 2021). Verificar a política de privacidade das plataformas, optar por aquelas com certificações de segurança reconhecidas, como a ISO 27001, e utilizar senhas seguras são ações importantes para evitar o acesso não autorizado às informações dos estudantes (CUNHA, 2016).

Assim, a gestão da inovação, a proteção da propriedade intelectual e o empreendedorismo desempenham um papel crucial no desenvolvimento e implementação de tecnologias educacionais eficazes e seguras (CUNHA, 2016). A busca por um ambiente educacional mais dinâmico, participativo e inclusivo requer o uso responsável das tecnologias digitais, priorizando a privacidade e a segurança dos dados, e garantindo a formação de cidadãos preparados para enfrentar os desafios do mundo contemporâneo (CARDOSO, 1997).

3. USO DE APLICATIVOS NA EDUCAÇÃO

O uso de aplicativos e sites educacionais tem se tornado cada vez mais comum e relevante no contexto da educação moderna. Essas plataformas tecnológicas oferecem diversas vantagens e oportunidades para estudantes, educadores e instituições de ensino, transformando a forma como o conhecimento é adquirido, compartilhado e assimilado (TORRES, 2021) Uma das principais vantagens do uso de aplicativos e sites educacionais é o acesso facilitado ao conhecimento. Essas plataformas permitem que os estudantes tenham acesso a conteúdos

educacionais de alta qualidade em diferentes formatos, como textos, vídeos, jogos interativos e atividades práticas. Dessa forma, o aprendizado pode ocorrer de maneira mais personalizada e adaptada às necessidades individuais de cada aluno, tornando-o mais eficiente e envolvente (DA SILVA & BATISTA, 2015). A variedade de recursos disponíveis nas plataformas educacionais também é uma vantagem significativa. Além de oferecer conteúdos diversificados, elas permitem a criação de ambientes de aprendizagem mais interativos e estimulantes (PSZYBYLSKI *et al.*, 2018). Os estudantes podem se envolver em atividades lúdicas, resolver problemas desafiadores e participar de discussões em grupo, o que torna o processo de aprendizagem mais dinâmico e interessante (SONEGO & BEHAR, 2015). A flexibilidade proporcionada pelos aplicativos e sites educacionais é outra característica valiosa. Os estudantes podem acessar o conteúdo a qualquer momento e de qualquer lugar com acesso à internet, o que permite que eles aprendam de acordo com sua própria agenda e ritmo (SONEGO & BEHAR, 2015). Essa flexibilidade é especialmente benéfica para estudantes que têm outras responsabilidades ou compromissos, como trabalho ou atividades extracurriculares (KIRINUS, 2018). Além disso, o uso de aplicativos e sites educacionais pode melhorar a interação entre alunos e professores. As plataformas permitem uma comunicação mais ágil e eficiente, possibilitando que os alunos tirem dúvidas, recebam feedback e participem de discussões com seus educadores. Isso cria um ambiente mais colaborativo e facilita o acompanhamento individual do progresso dos estudantes (DA SILVA & BATISTA, 2015). No entanto, é importante ressaltar que o uso de aplicativos e sites educacionais não deve substituir completamente o ensino presencial e a interação em sala de aula (SONEGO & BEHAR, 2015). Essas plataformas devem ser vistas como um complemento ao ensino tradicional, adicionando valor e ampliando as oportunidades de aprendizagem (PARRA, *et al.* 2018). Além disso, é essencial garantir a segurança e a privacidade dos dados dos usuários, especialmente no caso de crianças e adolescentes (PARRA, *et al.* 2018).. As instituições de ensino e desenvolvedores de aplicativos devem adotar medidas

rigorosas para proteger as informações pessoais dos alunos e garantir que as plataformas estejam em conformidade com as leis de proteção de dados (SONEGO & BEHAR, 2015). Em suma, o uso de aplicativos e sites educacionais oferece inúmeras vantagens para o processo de aprendizagem, tornando-o mais acessível, envolvente e personalizado. Essas plataformas representam uma poderosa ferramenta para educadores e estudantes, impulsionando a inovação e transformando a educação em um ambiente mais dinâmico e adaptado aos desafios da era digital. Contudo, é essencial que seu uso seja pautado na responsabilidade, segurança e no cuidado com a privacidade dos usuários (SONEGO & BEHAR, 2015). Ao fazê-lo, estaremos construindo uma educação mais inclusiva e preparando os alunos para enfrentar os desafios do futuro de forma mais eficiente e bem-sucedida (PARRA, *et al.* 2018).

4, MEDIDAS DE PROTEÇÃO DE DADOS NO MEIO DIGITAL

A proteção de dados no meio digital é uma questão de extrema importância nos dias atuais, uma vez que a tecnologia desempenha um papel cada vez mais central em nossas vidas. Com a crescente coleta, armazenamento e compartilhamento de informações pessoais, torna-se fundamental adotar medidas efetivas para garantir a privacidade e a segurança dos dados dos usuários (SILVA, 2021).

Uma das principais medidas de proteção de dados é a adoção de políticas de privacidade claras e transparentes por parte das empresas e organizações que lidam com dados pessoais. Essas políticas devem informar de forma detalhada como os dados são coletados, processados, armazenados e compartilhados, bem como os propósitos para os quais são utilizados. Além disso, é essencial que os usuários sejam devidamente informados sobre seus direitos em relação aos seus dados, como o direito de acesso, correção e exclusão (DCIBER, 2023). Outra medida importante é o uso de tecnologias de segurança, como criptografia e autenticação de dois fatores, para proteger os dados contra acesso não autorizado. A criptografia é uma técnica que torna

os dados ilegíveis para qualquer pessoa que não possua a chave de decodificação, garantindo a confidencialidade das informações. Já a autenticação de dois fatores adiciona uma camada extra de segurança ao requerer que o usuário forneça duas formas de identificação, como uma senha e um código enviado para o celular, por exemplo (GARCIA & NUNES, 2021). Além disso, é fundamental que as empresas implementem medidas de segurança cibernética para proteger seus sistemas e redes contra ataques e invasões. Isso inclui a utilização de firewalls, antivírus, monitoramento de tráfego de rede e atualizações regulares de software para corrigir vulnerabilidades conhecidas (PERRALIS, 2022). No contexto do tratamento de dados de crianças e adolescentes, é imprescindível que haja um cuidado especial com sua proteção. O uso de aplicativos e sites educacionais voltados para esse público deve ser acompanhado de uma obtenção adequada de consentimento dos pais ou responsáveis, de forma clara e específica. Além disso, é importante que as plataformas implementem medidas de segurança adicionais para garantir a privacidade e a segurança dos dados desses usuários mais vulneráveis (COSTA & MATTOS, 2016).

A capacitação dos funcionários e colaboradores também é um fator essencial para a proteção de dados no meio digital. Treinamentos sobre boas práticas de segurança e privacidade devem ser realizados regularmente para conscientizar os colaboradores sobre a importância de proteger as informações dos usuários (ROSA, 2022).

Outro aspecto relevante é o cumprimento das leis e regulamentações relacionadas à proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, ou o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia. Essas legislações estabelecem diretrizes e penalidades para o tratamento inadequado de dados pessoais, incentivando as empresas a adotarem boas práticas de proteção de dados (ROSA, 2022). As medidas de proteção de dados no meio digital são fundamentais para garantir a privacidade, a segurança e a confiança dos usuários. A combinação de políticas claras, tecnologias de segurança, medidas de segurança cibernética, obtenção adequada de consentimento e cumprimento das leis são

aspectos essenciais para a construção de um ambiente digital mais seguro e confiável para todos os envolvidos (DA SILVA MELO & CARVALHO, 2014).

5. TRATAMENTO DE DADOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES POR APLICATIVOS E SITES EDUCACIONAIS

A palavra inovação está relacionada ao ato de inovar, de fazer algo novo. Em um mundo em que o processo de mudança é bastante presente, a inovação é discutida em diversos meios, mas sem o cuidado da definição do conceito. A origem do conceito de inovação pode ser creditada aos trabalhos do economista Joseph Schumpeter (1984) – mostrando que inovar é “produzir outras coisas, ou as mesmas coisas de outra maneira, combinar diferentemente materiais e forças, enfim, realizar novas combinações”. Com as constantes atualizações tecnológicas alcançando todos os setores do mundo e do nosso país, a Educação também está em processo de mudanças, principalmente com uso o de novas tecnologias. Com a transformação por meio do uso das tecnologias digitais, os processos de ensino e aprendizagem tradicionais já não respondem mais às demandas do mundo contemporâneo, muito menos ao perfil do aluno do século XXI. Segundo a pesquisa feita pela consultoria McKinsey (2013, on-line)

“Parte dos jovens brasileiros acham que o que aprendem na escola não lhes é útil na vida. Diante desse desafio, algumas escolas vêm procurando meios de tornar o ensino mais personalizado às demandas do aluno. Isso pode ocorrer pela adoção de tecnologia, quando o aluno usa ambientes virtuais de aprendizado para estudar da forma que lhe é mais eficaz (por vídeo, fórum, game ou outras possibilidades). “

Segundo o movimento Todos Pela Educação - TPE (2014, on-line):

“As inovações tecnológicas promovem a EQUIDADE na educação, quando democratizam o acesso à informação, viabilizando o uso gratuito de fontes de dados e oportunidades educacionais antes só acessíveis a quem podia pagar. Ex: Recursos educacionais abertos (que podem ser usados de forma gratuita, modificados ou adaptados), Moocs (cursos on-line massivos), livros e museus digitais, entre outros, têm propiciado o acesso em massa ao conhecimento produzido pela humanidade.”

Segundo a revista londrina *The Economist* os dados pessoais são considerados como o novo petróleo. O Brasil pressionado pela União Europeia e atento à movimentação mundial da globalização, promulgou a Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/2018, conhecida como LGPD, que entrou em vigor em agosto de 2020. O intuito da LGPD é garantir a proteção dos dados pessoais dos titulares, mas, além disso, trouxe consigo a questão da proteção dos dados de crianças e adolescentes em um capítulo especial. De acordo com o nosso ordenamento jurídico, a proteção de crianças e adolescentes é um assunto constitucionalmente garantido no artigo 227 da Carta Magna, assim como também é tratado no plano internacional por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança e Adolescente (Decreto nº 99.710/1990), no Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) e, ainda, foi legitimado na LGPD. A Constituição Federal, em seu artigo 227, garante que os direitos de crianças, adolescentes e jovens são deveres de proteção da família, da sociedade e do Estado, assegurando: “o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O Decreto nº 99.710/1990 foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1990. Após a Convenção sobre os Direitos da Crianças, o Brasil

ratificou em âmbito internacional, os direitos das crianças, conforme a previsão legal do artigo 127 da CF/88.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz expresso no texto da lei que crianças são pessoas de 0 até 12 anos incompletos e adolescentes aqueles com idade entre 12 e 18 anos. O artigo 4^a do ECA faz remissão ao artigo 227 da CF/88 ao reafirmar que os direitos absolutos

das crianças e dos adolescentes são deveres da família, da sociedade e do Estado.

Já a LGPD, em seu artigo 14, cuida em especial dos menores e determina que “tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse”.

O §6º do artigo 14 da LGPD afirma que:

“As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.”

Como faz alusão o parágrafo transcrito acima, o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescentes, será considerado válido, se for compreendido de maneira clara e objetiva, de maneira inclusiva em todos os meios de acesso, com informações necessárias para pais ou responsáveis e compreensível pelas crianças.

Nesse sentido, ressalta-se o §1º do artigo 14, o qual dispõe que “o tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal”. Este parágrafo não deixa dúvidas sobre a obrigatoriedade do consentimento específico dos pais ou pelo responsável legal para o tratamento de dados de crianças

e adolescentes. Entretanto, é necessário questionar, em meio a tantas vulnerabilidades do sistema e a fraudes tecnológicas, como o controlador poderá ter certeza de que esse consentimento realmente foi dado por um dos pais ou pelo responsável, uma vez que aquele é o incumbido por atestar a veracidade e tratamento do consentimento.

A LGPD, no seu texto legal, não diz como, e, muito provavelmente, caberão discussões, por meio de consultas e audiências públicas realizadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, para criar diretrizes de como atestar a validade do consentimento de pais ou um dos responsáveis, para o tratamento de dados de crianças e adolescentes.

Com o intuito de se fazer um recorte, o projeto tem como objeto verificar a segurança jurídica no tratamento de dados de crianças e adolescentes dentro das instituições de ensino, uma vez que é nas escolas que estudantes passam longos períodos e vivenciam grande parte do seu desenvolvimento social.

É plausível a pesquisa feita por McKinsey (2013, *on-line*), em que ressalta que a adoção de tecnologias pelas escolas torna o estudo mais atraente, quando o aluno utiliza ambientes virtuais de aprendizado, uma vez que a educação tradicional faz com que ele ache que o que está sendo ensinado não o conecta com o desenrolar da vida. As instituições de ensino que fizerem uso dos recursos tecnológicos, disponibilizando o banco de dados para acesso de Plataformas, Aplicativos e Sites Educacionais devem estar preparadas para os desafios da era digital, assim como compreender que compartilhamento pode gerar vazamento de dados pessoais, que invade a privacidade da criança e do adolescente. Com isto, constata-se a pertinência em investigar, à luz das normas vigentes, jurisprudência e tratados internacionais, quais as medidas de proteção e preservação dos dados pessoais de crianças e adolescentes, com a utilização de tecnologias e inovações, devem garantir a segurança jurídica em suas relações a aplicativos e sites educacionais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gestão da inovação, a proteção da propriedade intelectual e o empreendedorismo são elementos fundamentais no contexto do tratamento de dados de crianças e adolescentes por aplicativos e sites educacionais. O avanço tecnológico transformou significativamente a forma como a educação é entregue, proporcionando uma gama de oportunidades para tornar o aprendizado mais eficiente e acessível. Contudo, a coleta e o uso de dados pessoais, especialmente de crianças e adolescentes, exigem uma abordagem cuidadosa, ética e juridicamente sólida.

A inovação no ambiente educacional tem o potencial de revolucionar a forma como o conhecimento é transmitido e adquirido, tornando o processo de ensino-aprendizagem mais envolvente, personalizado e interativo. Através de aplicativos e sites educacionais, os estudantes podem acessar uma variedade de conteúdos, recursos multimídia e atividades interativas, permitindo um aprendizado mais adaptado às necessidades individuais. Essa inovação promove um ambiente de aprendizagem mais estimulante, capaz de aumentar o interesse e o engajamento dos alunos, beneficiando seu desenvolvimento acadêmico e social.

Entretanto, é crucial reconhecer que o tratamento de dados de crianças e adolescentes implica em um conjunto de responsabilidades e desafios. A proteção da privacidade e dos direitos desses indivíduos é uma preocupação central. Nesse contexto, a propriedade intelectual também desempenha um papel essencial, uma vez que a criação de novos recursos educacionais e aplicativos requer proteção legal para garantir que os criadores sejam devidamente reconhecidos e recompensados pelo seu trabalho.

A utilização de recursos jurídicos adequados é de extrema importância para assegurar que o tratamento de dados de crianças e adolescentes seja realizado de forma ética e transparente. Leis e regulamentações específicas sobre privacidade e proteção de dados, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil ou o

Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia, fornecem diretrizes claras sobre como coletar, armazenar e utilizar dados pessoais, especialmente de crianças e adolescentes.

Esses recursos jurídicos estabelecem a necessidade de consentimento explícito dos pais ou responsáveis para o tratamento dos dados de crianças e adolescentes. Além disso, impõem a obrigatoriedade de fornecer informações claras e compreensíveis sobre como os dados serão utilizados e quais são os direitos dos titulares dos dados. O não cumprimento dessas diretrizes pode resultar em penalidades significativas para as instituições de ensino, aplicativos e sites educacionais.

O desenvolvimento de recursos jurídicos adequados também deve abordar questões relacionadas à propriedade intelectual. Os criadores de aplicativos e recursos educacionais devem proteger seus direitos autorais e propriedade intelectual para evitar o uso não autorizado ou apropriação indevida de seus trabalhos. Além disso, é importante estabelecer parcerias e contratos claros entre os criadores e as instituições de ensino ou empresas que utilizam esses recursos, garantindo o reconhecimento adequado e a devida remuneração aos autores.

A gestão da inovação, a proteção da propriedade intelectual e o empreendedorismo são fundamentais para garantir o tratamento ético e seguro dos dados de crianças e adolescentes por aplicativos e sites educacionais. O desenvolvimento de recursos jurídicos sólidos é essencial para assegurar que a inovação na educação seja realizada de forma responsável e em conformidade com as leis e regulamentações aplicáveis. Ao fazer isso, estaremos criando um ambiente de aprendizagem mais seguro, ético e eficiente, beneficiando o desenvolvimento educacional e social das gerações futuras.

REFERÊNCIAS

ABECH, Marcia; MENDES, Cassiano; SILVA, Jorge Miguel Sá. **Uma proposta para gerenciamento de privacidade em ambientes pervasivos direcionado ao controle educacional.**

APPOLINÁRIO, Fabio. **Dicionário de Metodologia Científica.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 295p.

BARON, Jessica. **Nossas crianças estão sendo "datificadas", e isso pode colocá-las em perigo.** Tradução de Daniel Salgado. Disponível em: <https://bit.ly/2NMymGx>. Acesso em: 05/03/2023 BLOG PORTAL DA EDUCAÇÃO. **Os benefícios da tecnologia.** 2021. Disponível em: < <https://blog.portaleducacao.com.br/os-beneficios-da-tecnologia/>> Acesso em: 04 mai. 2023.

BLOG RUNRUN.IT. **O avanço da tecnologia nos últimos 10 anos: de casa ao trabalho.** 2021. Disponível em: <<https://blog.runrun.it/avanco-da-tecnologia/>> Acesso em: 04 mai. 2023.

BLUM, Renato Opice. **Polêmica na proteção de dados de crianças e adolescentes.** Disponível em: <https://bit.ly/37g86Mj> Acesso 03/05/2023

BORELLI, Alessandra. **O tratamento de dados de crianças e adolescentes no âmbito da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira.** 2020. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_8_o_tratamento_d_e_dados.pdf?d=637250348921212362> Acesso 04 mai. 2023.

BORELLI, Alessandra; ABRUSIO, Juliana (org.). **Os impactos da Lei Geral de Proteção de Dados em instituições de ensino.** Disponível em: <https://bit.ly/2v3pq94> Acesso 03/05/2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://bit.ly/30FEupc>. Acesso em: 03/05/2023.

BRASIL. **Decreto nº 99.710/1990**. Disponível em: <https://bit.ly/2TNWdt9> acesso em 03/05/2023.

BRASIL. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <https://bit.ly/2NMYq4u> Acesso 03/05/2023

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio; CARELLO, Clarissa Pereira. **Tratamento à informação, dados nominativos e a interpretação possível à Lei de Acesso à Informação**. In: ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco de; CELLA, José Renato Gaziero; FREITAS, Pedro Miguel Fernandes (org.). Direito, governança e novas tecnologias. Florianópolis: Conpedi, 2017, p. 7. Disponível em: <https://bit.ly/36a58aU> acesso em 03/05/2023.

CARDOSO, Ana Paula. **Educação e inovação**. Millenium, 1997.

COSTA, Christine Sertã; MATTOS, Francisco Roberto Pinto Mattos. **Tecnologia na sala de aula em relatos de professores**. Curitiba: CRV, 2016. 202 p.

CUNHA, Maria Isabel. **Inovações na educação superior: impactos na prática pedagógica e nos saberes da docência**. Em Aberto, v. 29, n. 97, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Estatuto da criança e do adolescente: comentado artigo por artigo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DA SILVA, Monielle Gomes; BATISTA, Silvia Cristina Freitas. **Metodologia de avaliação: análise da qualidade de aplicativos educacionais para matemática do ensino médio**. RENOTE, v. 13, n. 1, 2015.

DE OLIVEIRA, Dayse Rodrigues; FERREIRA, Deise France MA. **QUEM MEXEU NO MEU FACE? Uso e percepções de segurança no Facebook, por crianças e adolescentes.** ABCiber Associação Brasileira de Pesquisadores em Ciberultura, 2013.

DEL-MASSO, Maria Cândido Soares; COTTA, Maria Amélia de Castro; SANTOS, Marisa Aparecida Pereira. **Ética em Pesquisa Científica: conceitos e finalidades.** 2007. Disponível em: <https://acervodigital.unesp.br/bitstream/unesp/155306/1/unesp_nead_reei1_ei_d04_texto2.pdf> Acesso em 08 mai.2023.

ECHER, Isabel Cristina. **A revisão de literatura na construção do trabalho científico. Revista gaúcha de enfermagem.** Porto Alegre. Vol. 22, n. 2 (jul. 2001), p. 5-20, 2001.

ESCOLAS apagam nomes dos alunos nas pautas com medo de multas. Diário de Notícias, 14 jul. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/37dYTEg> Acesso 03/05/2023

FERREIRA, Danielle Portella; GOMES JUNIOR, Saint Clair dos Santos. **Aplicativos móveis desenvolvidos para crianças e adolescentes que vivem com doenças crônicas: uma revisão integrativa.** Interface-Comunicação, Saúde, Educação, v. 25, p. e200648, 2021.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; DÓI, Cristina Teranise. **A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas (Comentários ao art. 143 do ECA).** Disponível em: <https://bit.ly/2GdOtZn> acesso 03/05/2023 file:///D:/Downloads/joaopbc,+descobrimdo+a+pergunta+e-ditorado.pdf acesso 04 mai. 2023.

FUCK, M. P.; VILHA. A.M. Inovação Tecnológica: da definição à ação. 2011. Disponível em: <<https://revistacontemporaneos.com.br/n9/dossie/inovacao-tecnologica.pdf> acesso 03/05/2023> Acesso em: 03 mai. 2023.

GASPAR, Carla Sofia Cravo et al. **O valor social e educativo do Facebook: o ponto de vista dos adolescentes**. 2014. Tese de Doutorado. Didáctica, Organización Escolar e Métodos de Investigación (X04).

GOLDENBERG S. **Orientação normativa para elaboração de tese**. Acta Cir Bras 1993;(Supl 1):1- 24.

INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NA EDUCAÇÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA GESTORES PÚBLICOS KIRINUS, Ricardo da Rosa. **Inglês na palma da mão: análise de aplicativos educacionais como recurso para aprendizagem de língua com foco no feedback**. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina Andrade. **Técnicas de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 1991. 205p.

LOPES, Paula Ferla. **Tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes na LGPD: primeiras impressões**. 2020. Artigo. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1518/Tratamento+de+dados+pessoais+de+crian%C3%A7as+e+adolescentes+na+lgpd:+primeiras+impress%C3%B5es>> Acesso em 05 mai. 2023.

MOVIMENTO TODOS PELA EDUCAÇÃO (MTPE). **Inovações Tecnológicas na Educação** – Contribuições para Gestores Públicos. 2014. Disponível em: <https://porvir.org/wp-content/uploads/2014/08/Inova%C3%A7%C3%B5es-Tecnol%C3%B3gicasna-Educa%C3%A7%C3%A3o_Contribui%C3%A7%C3%B5es-para-gestores-p%C3%BAblicos-1.pdf> Acesso 05 mai. 2023.

NEGRI, Sérgio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad; KORKMAZ, Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon. **A proteção integral de crianças e adolescentes: desafios de uma sociedade hiperconectada**. In: SOARES, Fabiana de Menezes et al (Org.). Ciência, tecnologia e inovação: políticas e leis. Florianópolis: Editora Tribo da Ilha. 2019. p. 283-305.

NEJM, Rodrigo. **Exposição de si e gerenciamento da privacidade de adolescentes nos contextos digitais**. 2016.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. **A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes**. Doutrinas essenciais de direito do consumidor. v. 2, p. 431-461, abr. de 2011.

NOTÍCIAS GOV.BR. ANPD reúne-se com a *Human Rights Watch* para tratar da proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-reune-se-com-a-human-rights-watch-para-tratar-da-protecao-de-dados-pessoais-de-criancas-e-adolescentes>> Acesso 04 mai. 2023.

OECD – Organization for Economic Co-operation and Development, Manual de Oslo – **Diretrizes para coleta e interpretação de dados sobre inovação**, OECD – tradução FINEP, Brasília, 2006.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Série LGPD: o cenário na Educação**. 2019. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/s%C3%A9rie-lgpd-o-cen%C3%A1rio-na-educac%C3%A3o-patricia-peck-pinhoiro-phd?utm_source=share&utm_medium=member_ios&utm_campaign=share_via> Acesso em 08 mai. 2023.

PORTAL DA PRIVACIDADE. **Polêmica na proteção de dados de crianças e adolescentes** – Renato Opice Blum. 2018. Disponível em: <<https://www.portaldaprivacidade.com.br/polemica-na-protecao-de-dados-de-criancas-e-adolescentes/>> Acesso 04 mai. 2023. PORVIR – Inovações em Educação. **O que os jovens querem da educação brasileira** <https://porvir.org/os-jovens-querem-da-educacao-brasileira/> acesso 03/05/2023

PSZYBYLSKI, Rafael Felipe *et al.* **mapeamento dos aplicativos educacionais para o ensino de Física**. Simpósio Nacional de Ensino

de Ciências e Tecnologia. Anais [...] Ponta Grossa: UTFPR–Universidade Tecnológica Federal do Paraná, 2018.

SCHENKER, Miriam; MINAYO, Maria Cecília de Souza. **A importância da família no tratamento do uso abusivo de drogas: uma revisão da literatura.** Cadernos de Saúde Pública, v. 20, n. 3, p. 649-659, 2004.

SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, Socialismo e Democracia, Zahar Editores S.A., Rio de Janeiro, 1984. (edição original em inglês de 1942).

SONEGO, Anna Helena Silveira; BEHAR, Patricia Alejandra. M-Learning: **Reflexões e Perspectivas com o uso de aplicativos educacionais.** Nuevas Ideas en Informática Educativa TISE, v. 11, p. 521-26, 2015.

TAVARES, Fernando Gomes de Oliveira. **O conceito de inovação em educação: uma revisão necessária.** Educação UFSM, v. 44, 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **A autoridade parental e o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.** In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). Lei geral de proteção de dados e suas repercussões no direito brasileiro. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019. p. 505-530.

TORRES, Rosana Maria Santos; MENEZES, Rodrigo da Silva. **O uso dos aplicativos educacionais kahoot! e plickres no contexto da educação básica.**

Caminhos da Educação Matemática em Revista (Online), v. 11, n. 3, p. 22-41, 2021. UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: [Https://uni.cf/38rvTJn](https://uni.cf/38rvTJn). Acesso em: 03/05/2023.

VALENTE, José Armando; ALMEIDA, Maria Elizabeth Bianconcini. **Tecnologias e educação: legado das experiências da pandemia COVID-19 para o futuro da escola.** 2022.

VIEIRA, Reginaldo S. **Princípio do maior interesse da criança e do adolescente (art. 227, caput, da CF/1988 e arts. 1.583 e 1.584 do CC).** 2016. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/principio-do-maior-interesse-da-crianca-e-do-adolescente-art-227-caput-da-cf-1988-e-arts-1583-e-1584-do-cc/259273419>> Acesso 04 mai. 2023.

DECLARAÇÃO DE POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS PARA A EMPRESA EMPREENDEDORISMO INOVADOR: ESTUDO DE CASO

*Vitória Mendonça Bragança Ghelli Monteiro*³⁸

RESUMO: Com o objetivo de regularizar a empresa Empreendedorismo Inovador frente às novas diretrizes trazidas pela Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados, em especial à necessidade de desenvolvimento de uma Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados, utilizou-se o método dedutivo para a consecução do presente artigo para evidenciar uma preocupação da empresa com o respeito à privacidade. Assim, com fito a permitir ao titular de dados se conscientizar sobre todos os tratamentos que são realizados, buscou-se informar, inicialmente, cada um dos dados coletados e como os princípios da LGPD são aplicáveis no tratamento de seus dados. Além disso, demonstrou-se quais são os direitos do titular e sua forma de exercê-los dentro da empresa, bem como embasou-se a coleta de tratamento dos dados às chamadas bases legais. Ainda restaram abordado os temas de compartilhamento de dados com outras empresas e transferência internacional de dados.

Palavras-chave: LGPD; Política de Privacidade; Proteção de Dados; Privacidade; Tratamento de Dados.

1. INTRODUÇÃO

A nova economia global não é mais baseada em bens físicos e financeiros, mas sim em conhecimento, cujo motor é a geração

³⁸ Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Pós-graduada em Direito do Uso e Proteção de Dados pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Advogada com atuação focada no Direito Público; Sócia-proprietária da empresa Comply Proteção de Dados; Membro do Comitê Jurídico da Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados (ANPPD); e Ex-pesquisadora bolsista do PIBIC. Email: vitória.ghelli@gmail.com

incessante de dados pessoais e de informações pela sociedade contemporânea.

Esses dados são coletados, compartilhados e armazenados a todo momento, para os mais diversos fins e utilizados no processo de tomada de decisões econômicas, políticas e sociais de empresas, órgãos públicos e de entidades diversas. Ademais, essas informações permitem conhecimento da alta gestão e vantagens competitivas, possibilitando atingir objetivos, aumentar a oferta, melhorar a satisfação dos clientes, detectar problemas e antecipá-los, bem como melhorar a qualidade dos produtos e serviços.

Desta forma, a constante aquisição de informações forma um grande banco de dados com alto valor de mercado e que ensejou modelos jurídicos específicos para proteção e garantia dos princípios constitucionais da privacidade, autodeterminação, e dignidade humana.

Neste contexto, em 2018, fora promulgada pelo então presidente Michel Temer, a Lei 13.709 - Lei Geral de Proteção de Dados -, que dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Em outras palavras, pode-se dizer que a Lei Geral de Proteção de Dados trata da proteção aos dados coletados ou processados de alguma forma, protegendo a privacidade dos cidadãos, sejam eles brasileiros ou estrangeiros, que se encontrem no Brasil, buscando sempre um equilíbrio entre os novos modelos de negócios e a globalização.

Importante mencionar que dado pessoal é definido como qualquer informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável e dado pessoal sensível se refere às informações 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 uma pessoa natural.

Para melhor elucidar e compreender a aplicação da normativa supracitada e das leis a ela correlatas, far-se-á, neste trabalho, uma análise de caso, em que será enfocada a empresa brasileira Empreendedorismo Inovador, inscrita no CNPJ 123009800/0001-33, detentora de uma plataforma inovadora que fornece cursos teóricos e práticos no ramo do empreendedorismo e inovação, com sede própria em São Paulo – SP e sem limites de abrangência.

A plataforma tem como objetivo proporcionar a realização dos cursos para os alunos da seguinte forma: fornecer os cursos ofertados pelos professores parceiros e afiliados, que utilizam os serviços da plataforma com a finalidade de realizar cursos inovadores para os alunos cadastrados na plataforma e demais que possuam interesse na área. Esses são ofertados para alunos a partir de 16 anos, a depender dos cursos ofertados, resguardando a coleta apenas dos dados essenciais pelos titulares dos dados.

Utilizam formas de prospecção através de Site próprio, das redes sociais e envio de e-mail Marketing para todos os alunos cadastrados na plataforma, bem como organizam eventos e palestras gratuitas para captar novos alunos. Atualmente, sua sede física conta com 40 (quarenta) funcionários contratados pelo regime CLT e em torno de 1.000 (mil) professores afiliados, que utilizam a plataforma para fornecer seus próprios cursos, sendo estabelecida a porcentagem em comissão.

A empresa conta com o apoio dos setores de Tecnologia da Informação, que realizam a gestão da plataforma, de seus sistemas internos, banco de dados e nuvem; Recursos Humanos, que cuidam da gestão dos funcionários; Comercial, responsáveis por todas as tratativas dos serviços e produtos ofertados; Administrativo e financeiro, gestão e controles internos em geral; Marketing, realizam o fomento e atividades para prospecção de clientes e divulgação. Utilizando-se de vários prestadores e sistemas terceirizados em sua atividade, dentre eles, meios de pagamento, armazenamento, ferramentas digitais de marketing e gestão, assinatura eletrônica, escritório de contabilidade, escritório de advocacia etc. Para tanto, utilizam o compartilhamento

de dados e aos servidores estrangeiros, a transferência internacional de dados.

Expostos os detalhes do caso a ser analisado e com fulcro a regularizar a empresa frente à Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no que tange à elaboração de Declaração da Política de Privacidade, bem como estabelecer os tópicos necessários para o desenvolvimento deste documento de forma assertiva, mitigando-se todos os riscos de sua falta, consubstancia-se a justificativa para consecução do trabalho que se desdobrará da seguinte forma:

Inicialmente, será definida a Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados e abordados os tópicos essenciais que devem constar no documento. Após, serão analisados os princípios constantes nas cláusulas da Declaração de Política, em especial o Princípio da Necessidade, e elencados quais seriam os dados necessários para a finalidade do tratamento dos dados pessoais dos alunos cadastrados na plataforma.

Feito isso, serão estabelecidos os direitos dos titulares de dados pessoais e definidas as bases legais, a finalidade do tratamento dos dados, bem como abordados os critérios para o tratamento de menores de idade na definição das bases legais da LGPD e de requisitos de capacidade no Código Civil.

Por fim, serão definidos os termos compartilhamento e transferência de dados, seu estabelecimento na realização da Política e como o documento seria disponibilizado e alterado para o público-alvo.

Para o desenvolvimento deste estudo de caso, fora utilizado o método dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2. DECLARAÇÃO DE POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

Conforme a Lei 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), o titular dos dados pessoais, isto é, pessoa natural a quem se

referem os dados pessoais que são objeto de tratamento, tem direito de saber todo o fluxo que seus dados percorre quando do tratamento pelo controlador, ou seja, tem direito de ciência sobre toda operação realizada com dados pessoais - como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração - que é desenvolvida pela pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

Isto posto, todas as práticas realizadas em relação às informações de visitantes ou usuários de determinada plataforma, como é o estudo de caso em análise, são descritas em um conjunto de termos e informações denominado Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados. Nela também são previstas informações a respeito dos direitos dos titulares (clientes, empregados, fornecedores, ex-empregados etc.) e como esses dados são tratados internamente pelo agente.

Ademais, a Declaração de Política ainda tem o condão de descrever as medidas de segurança que serão adotadas no tratamento de dados pessoais, sendo também utilizada para consulta interna às pessoas responsáveis pela implementação e continuidade de incidentes na organização.

Assim sendo, a adoção de processos e políticas internas, como é o caso da Declaração de Privacidade e Proteção de Dados pessoais, que assegurem o cumprimento de normas e boas práticas, faz parte da implementação do programa de adequação à LGPD, demonstra comprometimento do controlador de dados com a proteção da privacidade dentro da organização, bem como é um dos instrumentos de implementação do *privacy by design*, ou seja, preza pela privacidade do usuário durante todo o processo de construção de uma solução.

Os principais objetivos da Política de Privacidade, nas palavras de Lima e Alves (2021), é informar às pessoas envolvidas sobre o que

a organização reconhece como importante e quais atitudes não são permitidas.

A Política deve ser apresentada a todos e o seu conteúdo deve ser acessível de forma simples, com as devidas atualizações conforme a necessidade de cada organização, exigências de leis e regulamentos.

Para a elaboração da Política de Privacidade, é fundamental entender o contexto do tratamento de dados pessoais e como os princípios da LGPD são atendidos no sistema ou serviço.

Expostos os tópicos essenciais que devem constar da Política supra, resta elucidar que todos eles são permeados por princípios. Portanto, passa-se à sua análise no próximo capítulo.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTANTES DA DECLARAÇÃO DE POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS E A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Ante a importância da análise principiológica contida na normativa de proteção de dados, inicia-se a análise do tema pela abordagem do art. 6º da LGPD.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a função de uma Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados é expor, aos titulares, em apertada síntese, tudo o que acontece com os seus dados pessoais e como essas informações são tratadas pelo controlador.

Assim sendo, considerando que a Política aborda questões atinentes ao tratamento dos dados realizados, resta a ela aplicável, em sua totalidade, o art. 6º da LGPD.

Miranda (1996, p.70) definiu Princípio da seguinte forma: “Os princípios, podem ser implícitos ou explícitos, e, não só condicionam a lógica do ordenamento jurídico, mas também fixam as diretrizes de sua interpretação”. Passa-se adiante à análise individualizada de cada uma dessas esferas principiológicas.

2.1.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A boa-fé é um dos princípios fundamentais de todo o direito e não mais se limita apenas ao direito privado, de modo que sua aplicação no tratamento de dados pessoais é premissa básica.

Neste contexto, a boa-fé objetiva pressupõe normas de conduta que determinam o agir de alguém, isto é, consiste na adoção da conduta correta e adequada no agir em sociedade.

Por outro lado, Rosenvald (2003) ainda dispõe que a boa-fé subjetiva, em sentido diverso, não é um princípio, e sim um estado psicológico, em que a pessoa possui a crença de ser titular de um direito.

Considerando que o presente estudo enfocará a acepção objetiva da boa-fé, Martins-Costa (1999) enfatiza que tal instituto funciona como modelo capaz de nortear o teor geral da colaboração intersubjetiva, devendo o princípio ser articulado de forma coordenada às outras normas integrantes do ordenamento, a fim de lograr adequada concreção.

Assim sendo, pelo princípio da boa-fé, proíbe-se a mentira, o abuso e a incoerência de comportamento, e impõem-se a transparência e a preservação da confiança legitimamente despertada. Em outras palavras, exige-se o agir em conformidade com a boa-fé mediante o cumprimento de três deveres: coerência, informação e cooperação.

Quando da análise da LGPD, no *caput* do seu art. 6º, estabeleceu-se que as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e alguns princípios, os quais são, inclusive, desdobramentos do dever de boa-fé.

Neste contexto, Tomasevicius Filho (2021) salientou que os critérios de finalidade, adequação e necessidade no tratamento de dados pessoais são hipóteses de comportamentos corretos, decorrentes do dever de coerência; por sua vez, as garantias de livre acesso, qualidade e transparência se relacionam com a observância do dever de informação entre as partes; e, por fim, os critérios de segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização estão ligados à

necessidade de cooperação dos agentes de tratamento de dados, que são o controlador, a quem competem as decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais, e o operador, que realiza o tratamento dos dados em nome do controlador. Todos esses princípios serão mais bem abordados a seguir.

Com base no exposto, para cumprimento da boa-fé, a empresa Empreendedorismo Inovador deverá, dentre as condutas a serem mencionadas no documento de Declaração de Política de Privacidade, mencionar e adotar procedimentos de segurança no armazenamento, eliminação e descarte dos dados, para que terceiros não tenham acesso a essas informações; informar sobre os procedimentos adotados no tratamento de dados, para que se possa concordar com o seu fornecimento ou desistir de prosseguir com o acesso à página; facilitar a tutela dos direitos das pessoas por meio da indicação de encarregado pelo tratamento de dados; comunicar à Autoridade Nacional para Proteção de Dados – ANPD e ao titular a ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante, dentre várias outras atitudes.

Portanto, os princípios a seguir expostos e as ações a eles correlatas se aplicam ao princípio da boa-fé, com seu desdobramento em deveres de coerência, informação e cooperação ao titular de dados e o comportamento que este espera dos agentes de tratamento.

2.1.2 PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O princípio da finalidade determina, em suma, que o dado deverá, na coleta, ter a indicação clara e completa que a justifique.

Deste modo, é necessário “vincular” o processamento dos dados ao fim específico autorizado, não só para limitar a atividade de processamento ao fim original, mas também para evitar a sua apropriação indevida.

No caso da Política de Privacidade em voga, mister elucidar quais os propósitos que legitimam os tratamentos realizados. Como

mencionado na Introdução no presente estudo, dentre as finalidades do tratamento, cita-se a realização da gestão da plataforma, de seus sistemas internos e banco de dados e nuvem pelo Setor de Tecnologia; a gestão dos funcionários pelos Recursos Humanos; as tratativas dos serviços e produtos ofertados pelo Comercial; a gestão e controles internos em geral pelos setores Administrativo e financeiro; o desenvolvimento de atividades de fomento para prospecção de clientes e divulgação pelo Marketing. Ainda, dados são compartilhados com prestadores e sistemas terceirizados para viabilizar meios de pagamento, armazenamento, ferramentas digitais de marketing e gestão, assinatura eletrônica, escritório de contabilidade, escritório de advocacia etc.

2.1.3 PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

O princípio da adequação prevê que os dados devem ser tratados de acordo com a sua destinação. A coleta de dados deverá ser compatível com a atividade fim do tratamento.

Pelo estudo de Machado e Marconi (2020), o princípio da adequação está vinculado ao da finalidade, pois estabelece que o tratamento de dados pessoais somente pode ser realizado quando houver compatibilidade com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.

Assim, para desenvolvimento do documento à empresa Empreendedorismo Inovador, conforme exposto anteriormente, os tratamentos desenvolvidos devem ser adequados aos propósitos de tratamento informados. Isto é, para cada finalidade exposta anteriormente, deve-se correlacionar à forma de coleta dos dados, ao local de armazenamento e citar demais informações pertinentes sobre o tratamento e demonstrar a adequação entre eles.

2.1.4 PRINCÍPIO DO LIVRE ACESSO

Este princípio visa possibilitar que o titular dos dados consulte livremente, de forma facilitada e gratuita, a forma e a duração do tratamento dos dados, bem como sobre a integralidade deles.

Em abordagem ao Estudo de Caso, mister que na Declaração desenvolvida conste a forma de contatar a empresa, o mecanismo e o procedimento para acesso aos dados pelos titulares, cujas informações encontram-se em posse da empresa, bem como o nome e contato do Encarregado de Dados da empresa, ou seja, o responsável pela intermediação entre controlador e titular.

2.1.5 PRINCÍPIO DA QUALIDADE DOS DADOS

Este princípio, por sua vez, busca garantir aos titulares dos dados a exatidão, a clareza, a relevância e a atualização dos dados, de acordo com a necessidade, para o cumprimento da finalidade de seu tratamento e com fulcro a impedir injustiças.

Nesse viés, a qualidade dos dados, nas palavras de Machado e Marconi (2020), é aspecto essencial para o tratamento, pois é somente através de informações atualizadas e confiáveis que será possível proteger os direitos fundamentais do indivíduo.

Para tanto, a empresa Empreendedorismo Inovador deve elucidar na Declaração os procedimentos para correção e atualização, pelos titulares ou a seu pedido, dos dados tratados.

2.1.6 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da Transparência consubstancia o intuito legislativo de proteção da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade, uma vez que visa garantir aos titulares informações claras, precisas e

facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento dos dados.

Em outras palavras, como bem ensina Porto (2021), é na Política de Privacidade que se encontra a alma da transparência, que o titular conseguirá se conscientizar sobre todos os tratamentos que são realizados em seus dados. Sendo assim, além de obrigatório, este é o documento de maior respaldo de um titular de dados pessoais, e o momento crucial que uma pessoa física ou jurídica que realize qualquer tipo de tratamento em um dado pessoal, irá mostrar o quão confiável e seguro é, entregar-lhe seus dados pessoais.

2.1.7 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA

Em linhas gerais, o princípio da segurança compreende as medidas técnicas e administrativas adotadas para proteger os dados de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.

Portanto, a adoção de medidas de segurança deve ser garantida em toda a fase do processo, desde a coleta até a destruição das informações e o sistema deve ser projetado para atender aos requisitos de segurança, boas práticas e padrões de governança.

Assim, os mecanismos de segurança empregados pela empresa Empreendedorismo Inovador na proteção dos dados pessoais tratados devem ser elucidados na Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados, bem como as ações a serem desenvolvidas em caso de eventual vazamento de dados.

2.1.8 PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

A prevenção é um dos pilares da Segurança da Informação e significa antecipar, perceber previamente. Deste modo, este princípio tem o intuito de buscar a antecipação de eventualidades, com a

adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em razão do tratamento de dados pessoais.

Assim sendo, é importante investir em tecnologia, coordenar os processos da organização e realizar treinamentos com os colaboradores para que riscos sejam mitigados e a segurança da informação seja garantida.

No mesmo sentido do princípio da segurança, na Declaração devem constar as medidas adotadas para mitigar riscos, evitar vazamentos e evidenciar a preocupação da empresa com a prevenção de incidentes de dados.

2.1.9 PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

Preleciona este princípio que o tratamento dos dados não pode ser realizado para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos, ou seja, não se pode ter exclusão de titulares de dados pessoais no momento de seu tratamento de dados pessoais por determinadas características, sejam elas de origem racial ou étnica, opinião política, religião ou convicções, geolocalização, filiação sindical, saúde ou orientação sexual.

Nesse sentido, em busca de evitar discriminações, a LGPD ainda previu que aqueles dados, cujo conteúdo abarque questões mais íntimas do indivíduo, como os que tratam sobre origem racial, saúde, orientação sexual etc., denominados de dados sensíveis, recebam um tratamento diferente e, para tanto, determinou regras específicas.

Tal qual evidenciado no capítulo introdutório, é importante constar na Declaração da empresa Empreendedorismo Inovador a sua preocupação e o compromisso com a privacidade no tratamento de dados pessoais, inclusive com fito a evitar discriminações e uso para fins ilícitos ou abusivos.

2.1.10 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIZAÇÃO E PRESTAÇÃO DE CONTAS

Neste princípio, espera-se que o controlador ou o operador demonstrem todas as medidas eficazes e capazes de comprovar o cumprimento da lei e a eficácia das medidas aplicadas.

Em outras palavras, a LGPD objetivou demonstrar aos controladores e aos operadores que são eles os responsáveis por todas as medidas que forem adotadas com o objetivo de atender às exigências legais e aos princípios nela estabelecidos e que, acima de tudo, devem ser eficazes. (MACHADO e MARCONI, 2020.)

Assim, novamente enfocando o estudo de caso, a empresa, em sua Declaração de Política de Privacidade deverá evidenciar que, para além desenvolvimento do documento em voga, ela cumpre as normas de proteção de dados pessoais e, inclusive demonstrar as demais medidas adotadas e a sua eficácia.

2.1.11 PRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Deixou-se o princípio da necessidade para o final, embora ele esteja constante do inciso III do art. 6º da LGPD, artigo este que fora objeto de análise ao longo do capítulo, para que se possa, por meio desse princípio, realizar análise sobre o Estudo de Caso já anteriormente apresentado.

Estabelece este princípio, em suma, que a coleta de dados deve ocorrer de forma restritiva, de modo que o tratamento dos dados pessoais esteja restrito à finalidade pretendida. Ademais, também prevê a limitação do tratamento aos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação à finalidade do tratamento.

Portanto, se as informações coletadas forem claras, completas, restritas às necessárias, utilizadas para finalidades que justifiquem sua coleta; não forem vedadas pela legislação e estiverem especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações

de internet, autorizado está o seu tratamento e em conformidade com o Princípio da Necessidade e, por conseguinte, com o da Finalidade.

2.2 DIREITOS DOS TITULARES DE DADOS

Até o presente momento, já foram abordados, em suma, o conteúdo de uma Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados a ser redigida à empresa Empreendedorismo Inovador e analisados os princípios que dela devem constar. Neste contexto, neste ponto da discussão, urge discutir acerca dos direitos dos titulares de dados, que, no caso em análise, seriam os alunos da plataforma educacional, os professores cadastrados, os empregados, os prestadores de serviços e, inclusive, aqueles que fornecem produtos e serviços à empresa em questão.

Inicialmente, tem-se que titular é a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento. Importante observar que a Pessoa Jurídica não é considerada titular de dados pela Lei Geral de Proteção de Dados. Portanto, os direitos contidos na LGPD apenas se aplicariam aos fornecedores de produtos e serviços, cujo cadastro seja de pessoa física.

Nos moldes do art. 17 da Lei, toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade. Neste diapasão, a LGPD prevê uma ampla gama de direitos dos titulares de dados. Adiante, far-se-á uma breve análise de cada um desses direitos.

2.2.1 CONFIRMAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO TRATAMENTO E ACESSO AOS DADOS.

Os incisos I e II do art. 18 da LGPD asseguram de plano o direito à confirmação da existência do tratamento e o acesso aos dados.

Destarte, como bem ensinaram Korkmaz e Sacramento (2021), a confirmação da existência do tratamento de dados se apresenta como

um primeiro passo para que diversas prerrogativas do titular sejam efetivamente exercidas, como o próprio direito de acesso, porque confere ao titular a possibilidade de saber que aquele determinado tratamento existe e podem ser interpretados como densificações do princípio da transparência.

2.2.2 CORREÇÃO DE DADOS INCOMPLETOS, INEXATOS OU DESATUALIZADOS

O inciso III, também do art. 18 da Lei, permite ao titular a correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados, cujo exercício é possibilitado pela prerrogativa anterior, ou seja, a de ter conhecimento sobre a existência do tratamento e a de acessá-los.

Conforme Korkmaz e Sacramento (2021), a atribuição ao titular da possibilidade de requerer a correção de seus dados pode ser lida como uma das expressões da autodeterminação informativa que se faz presente durante todo o ciclo do fluxo informacional e se apresenta como importante mecanismo para garantir que a pessoa seja representada de forma fidedigna, de modo a impedir que ela sofra os reflexos de um tratamento de dados, como no campo das decisões automatizadas, em desacordo com sua real situação.

2.2.3 ANONIMIZAÇÃO, BLOQUEIO OU ELIMINAÇÃO DE DADOS DESNECESSÁRIOS, EXCESSIVOS OU TRATADOS EM DESCONFORMIDADE COM A LGPD

Adiante, o inciso IV da Lei n. 13.709/2018 garante ao titular a possibilidade de requerer a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a LGPD.

Nesse sentido, tem-se que o dado anonimizado não se enquadra como dado pessoal, vez que é relativo ao titular que não pode ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis

e disponíveis na ocasião de seu tratamento e estaria, a princípio, afastado do escopo da norma.

Como visto, o titular pode, portanto, requerer a anonimização de determinado dado, de forma a perder a associação entre informação e dono da informação, eliminando a possibilidade de identificá-lo.

Quanto ao restante do dispositivo legal, o bloqueio dos dados, prerrogativa também atribuída ao titular, que deverá requerê-lo expressamente, consiste, conforme art. 5º, inciso XIII, da LGPD, na “suspensão temporária de qualquer operação de tratamento, mediante guarda do dado pessoal ou do banco de dados”.

A eliminação dos dados desnecessários, excessivos, ou tratados em desconformidade com a LGPD, por sua vez, nas palavras de Korkmaz e Sacramento (2021), merece destaque e deve ser assegurada, em atenção à significativa facilidade de coleta na contemporaneidade, que se pode fazer presente de maneiras muito opacas, como através da simples utilização do celular ou da navegação online.

2.2.4 PORTABILIDADE

A portabilidade dos dados encontra-se prevista no inciso V do art. 18 da LGPD e tem como objetivo mitigar o aprisionamento tecnológico do titular dos dados a um determinado agente de tratamento, quando da existência de outros que ofereçam uma prestação mais vantajosa e/ou satisfatória.

Neste contexto, deve ser possibilitado ao titular exercer o direito à portabilidade de maneira concomitante ao direito à eliminação dos dados, uma vez que o apagamento não pode ser vislumbrado como uma consequência automática da portabilidade, justamente porque os dados podem prestar-se a finalidades diversas e complementares no caso concreto.

2.2.5 ELIMINAÇÃO DOS DADOS

Garante-se ao titular, pelo inciso VI do dispositivo em análise, a possibilidade de pleitear a eliminação de seus dados pessoais, cuja base legal aplicada para o tratamento tenha sido a do consentimento.

Por eliminação, entende-se como sendo a exclusão de dado ou de conjunto de dados armazenados, independentemente do procedimento empregado. Assim, o direito à eliminação é irreversível e, quando fundado no consentimento e ausente obrigação legal que permita o armazenamento do dado cuja eliminação fora solicitada, não se pode manter uma linha histórica de informações pessoais prévias.

2.2.6 INFORMAÇÃO DAS ENTIDADES PÚBLICAS E PRIVADAS COM AS QUAIS O CONTROLADOR REALIZOU USO COMPARTILHADO DE DADOS

Dentre os vários direitos atribuídos, a LGPD ainda previu, no inciso VII do art. 18 em análise, que o titular de dados deve ser expressamente informado quando o controlador, que efetuou a coleta e o tratamento dos dados pessoais, compartilhar essas informações com entidades públicas e privadas, desde que esse fato detenha um fundamento normativo.

Imperioso, nestas situações, que ao titular deve ser garantido acesso às suas informações que foram repassadas, para que, se for o caso, possa exercer as demais prerrogativas, como a eliminação ou correção dessas informações, quando impertinentes.

2.2.7 INFORMAÇÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE NÃO FORNECER O CONSENTIMENTO, AS CONSEQUÊNCIAS DA NEGATIVA E A REVOGAÇÃO DO CONSENTIMENTO

O art. 18 da Lei 13.709/18, em seu inciso VIII, ainda garante que o titular dos dados não é obrigado a compartilhar suas informações pessoais diante da ausência de obrigatoriedade legal e, ainda é também seu direito ter conhecimento sobre a possibilidade de não fornecer o consentimento para o tratamento de seus dados e as respectivas consequências desta negativa.

Além da possibilidade de não fornecer o consentimento, a lei também garante ao titular dos dados a possibilidade de revogar o consentimento, a qualquer momento, de forma expressa, gratuita e facilitada, consoante inciso IX.

Korkmaz e Sacramento (2021), neste sentido, afirmam que “a previsão do consentimento do titular como uma das hipóteses legais para o tratamento dos dados demonstra a preocupação da lei de colocar a pessoa natural como protagonista”.

2.2.8 PRERROGATIVAS DIANTE DAS DECISÕES AUTOMATIZADAS

Por fim, do art. 20 da LGPD depreende-se que, ao titular, é garantida a prerrogativa de, em situações destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade, poder solicitar a revisão de decisões automatizadas.

Portanto, os dados coletados pela empresa Empreendedorismo Inovador devem ser tratados com bastante cautela, ante a vasta gama de possibilidades e prerrogativas dos titulares dos dados por eles tratados e deve-se fundamentar e ancorar cada uma das informações em hipóteses expressamente previstas na Lei para que a plataforma seja devidamente resguardada e evite situações inesperadas. Adiante serão analisadas as chamadas bases legais.

2.3 DEFINIÇÃO DAS BASES LEGAIS E DAS FINALIDADES DO TRATAMENTO DE DADOS

A LGPD estabeleceu, como regra, que qualquer pessoa que trate dados, seja ela natural ou jurídica, de direito público ou privado, inclusive na atividade realizada nos meios digitais, deverá ter uma base legal para fundamentar os tratamentos de dados pessoais que realizar.

Dois são os dispositivos legais, contidos na LGPD que abordam as hipóteses de tratamento, o art. 7º aborda as hipóteses gerais de tratamento e o art. 11 que se restringe aos dados pessoais sensíveis.

Passa-se agora à análise das referidas hipóteses, com base no estudo de caso, que será restrita aos incisos I, II, V, VI, IX e X do art. 7º, vez que o caso analisado se refere a uma empresa, cuja atividade-fim é a prestação de serviços educacionais, mediante plataforma virtual.

Deste modo, não são aplicáveis ao caso as hipóteses referentes a dados sensíveis contidas no art. 11 das LGPD; a tratamento pela Administração Pública; a tratamento por órgão de pesquisa; à tutela de saúde; e nem sequer hipóteses que resguardariam a incolumidade do titular.

O consentimento, como já analisado anteriormente, permite ao titular ser protagonista do processo de tratamento e sua presença na LGPD revela a preocupação do legislador com a participação do indivíduo no fluxo de suas informações.

Segundo a LGPD, em seu art. 5º, inciso XII, o consentimento é caracterizado como manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada.

Requer seja livre, pois determina que o titular pode escolher entre aceitar ou recusar, sem intervenções ou situações que viciem o seu consentimento; informado, vez que o titular deve ter ao seu dispor as informações necessárias e suficientes para avaliar a situação; e deve ser inequívoco, porque deve ser claro e não ambíguo.

O inciso II, por sua vez, prevê que o tratamento de dados poderá ser realizado para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória

pelo controlador, como obrigações trabalhistas, deveres oriundos da lei anticorrupção e a guarda de registros por determinados provedores, como estabelece o Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965/2014.

Adiante, no Inciso V, a LGPD autoriza o tratamento de dados quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados. Neste caso, De Teffé e Viola (2020) afirmam que “o agente poderá tratar, sem consentimento, os dados que são necessários para a contratação, bastando que o titular seja parte ou esteja em tratativas para um contrato”.

O tratamento também pode ter como base o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, em que há a autorização para o uso de dados pessoais em processos para garantir o direito de produção de provas de uma parte contra a outra.

O nono inciso do artigo em análise aborda a aplicação do legítimo interesse como base legal para realização de tratamento de dados. Em linhas gerais, esta é a hipótese que visa a possibilitar tratamentos de dados importantes, vinculados ao escopo de atividades praticadas pelo controlador, e que encontrem justificativa legítima. Ante a flexibilidade desta base legal, é importante que a finalidade do tratamento, a estrita necessidade e a proporcionalidade sejam analisadas quando da utilização dos dados.

Por fim, a última base legal necessária para o tratamento dos dados colhidos pela empresa Empreendedorismo Inovador refere-se à proteção do crédito. Nesta hipótese, o tratamento busca resguardar a empresa quanto aos pagamentos dos clientes.

Ultrapassada a análise das bases legais a serem utilizadas no estudo de caso, é importante analisar os critérios necessários para o tratamento de dados de menores de idade.

Ora, conforme explicitado na narração do caso, a empresa oferta cursos para maiores de 16 anos.

À luz do Código Civil -Lei n. 10.406/2002- são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos e são incapazes relativamente a certos atos ou à

maneira de os exercer, dentre outras hipóteses, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. O diploma civilista ainda ressalta que a menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/1990, considera, em seu art. 2º, criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Neste contexto, além de a Constituição Federal de 1988 prever a especial proteção de crianças e adolescentes diante de sua condição vulnerável, merecedora de proteção específica, a LGPD também estabeleceu regras específicas para o tratamento de dados de menores.

A Lei Geral de Proteção de Dados, no art. 14, estabelece que o tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse. Em linhas gerais, observa-se que este dispositivo normativo adota a o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, de modo que as circunstâncias do caso concreto sejam balizadas para a aplicação do princípio, cujo resultado sempre deverá se traduzir em uma melhora concreta na situação da criança ou do adolescente.

Importante mencionar que a exigência do consentimento específico de um dos pais ou responsável legal, prevista no §1º acima mencionado, se aplica apenas às crianças, ou seja, pessoa natural com até doze anos incompletos. Portanto, não será objeto de análise, vez que a empresa Empreendedorismo Inovador tem como público maiores de dezesseis anos.

Assim sendo, quando diante de dados de menores de idade, embora não exista óbice para seu tratamento, deve-se atender a alguns requisitos. Considerando que o estudo de caso apenas possui como alunos maiores de 16 anos, quando da coleta de seus dados, embora desnecessária, nesta idade, o consentimento dos pais ou responsáveis, deve-se pensar sempre no melhor interesse do adolescente e em sua vulnerabilidade.

Depreende-se, então, a possibilidade legal do menor relativamente incapaz permitir, por si só, o tratamento de seus dados pessoais na Internet, cabendo, nessa lógica, aos pais ou responsáveis, somente averiguar a regularidade do ato.

2.4 DEFINIÇÃO DE COMPARTILHAMENTO E TRANSFERÊNCIA DE DADOS PESSOAIS E SEU ESTABELECIMENTO NA REALIZAÇÃO DA DECLARAÇÃO DE POLÍTICA DE PRIVACIDADE E PROTEÇÃO DE DADOS

Outra questão que se apresenta como de grande importância aos titulares de dados é o compartilhamento. No capítulo introdutório, mencionou-se que a empresa Empreendedorismo Inovador possui vários prestadores e sistemas terceirizados em sua atividade, dentre eles, meios de pagamento, armazenamento, ferramentas digitais de marketing e gestão, assinatura eletrônica, escritório de contabilidade, escritório de advocacia etc. Para tanto, utilizam o compartilhamento de dados e aos servidores estrangeiros, a transferência internacional de dados.

Ademais, o art. 5º da LGPD, em seu inciso XVI, define compartilhamento de dados, que consiste basicamente no ato de tornar dados disponíveis para outras pessoas ou empresas. Os dados pessoais, quando tratados ou compartilhados indevidamente, podem revelar-se em informações e em conhecimento, servindo de base para tomada de decisões que podem gerar danos e discriminação, sobretudo, com o crescimento das tecnologias digitais do processamento e armazenamento de dados.

Dentre algumas referências da Lei Geral de Proteção de Dados acerca do compartilhamento de dados, o §5º do art. 7º prevê que o controlador que obteve o consentimento para realizar o tratamento, e que necessitar comunicar ou compartilhar dados pessoais com outros controladores, deverá obter consentimento específico do titular para

esse fim, ressalvadas as hipóteses de dispensa do consentimento previstas na Lei.

Ainda nesse contexto, o art. 9º, inciso V da LGPD afirma ser direito do titular o acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade.

Continua ainda o §6º do art. 18 da Lei 13.709/18, que o responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional.

Neste ponto, quando da execução da Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados para a empresa Empreendedorismo Inovador, resta imprescindível apresentar no documento quais dados são compartilhados, com quem são compartilhados, como a empresa receptora tratará esses dados, qual a finalidade do compartilhamento, como o titular poderá reclamar referidas informações, de modo a modificá-las ou excluí-las e definir documentos para que, quando necessário o consentimento do titular, ele possa ou não ser fornecido. Tudo isso de maneira clara e transparente.

Outro ponto a ser observado é quanto à transferência de dados. O Art. 5º, inciso XV da LGPD definiu transferência internacional de dados como a transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro.

Pois bem. No que tange à diferenciação conceitual entre compartilhamento e transferência, tem-se que, inicialmente, transferência é uma forma de uso compartilhado de dados e ambos se referem a formas de tratamento.

De acordo com o Zappellini (2020), pode acontecer que, em determinadas atividades realizadas, em decorrência da natureza das operações dos Controladores, seja necessário tratar dados pessoais conjuntamente com funcionários, departamentos, ou mesmo órgãos

e instituições de outros países, operadoras de serviços terceirizados contratados fora da jurisdição doméstica ou ainda, compartilhar dados com instituições estrangeiras com as quais sejam estabelecidos convênios e parcerias. Nestas situações, se dará transferência internacional de dados, quer dizer: os dados pessoais serão transferidos para um país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro (Art. 5º, XV, da LGPD). E, como já mencionado, a transferência internacional implica o uso compartilhado de dados (Art. 5º, XVI, da LGPD).

Neste contexto, tem-se que o mero transporte de informações pela rede não se caracteriza como transferência internacional de dados, mas quando agentes situados em países diversos desejam realizar uso compartilhado de informações de pessoas naturais identificadas ou identificáveis para a consecução de determinadas finalidades, isto implicará transferência internacional e ela apenas poderá ser realizada quando cumprir determinados requisitos legais para tanto.

Assim sendo, em qualquer operação envolvendo transferência internacional de dados, o responsável pelo tratamento deve respeitar os princípios de proteção de dados e salvaguardar os direitos dos titulares, dentre eles, ganha destaque a transparência, isto é, o titular deve ter informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento.

Com base no exposto, quando da realização de uma Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados para a empresa no Estudo de Caso, tem-se que no documento devem constar, além das supramencionadas informações sobre compartilhamento, tudo acerca da transferência internacional. Quando dispensado o consentimento, deve-se mencionar também os dados transferidos, o destinatário, a finalidade, as hipóteses autorizativas, o tempo de tratamento, os mecanismos para acionamento dos agentes, formas para o titular solicitar modificação ou exclusão dos dados, quando permitido. Quando necessário o consentimento, o titular deve poder aceitar ou recusar realizar a transferência, em documento próprio,

mas na Declaração deve constar as informações acima de forma clara, destacada, transparente e sempre demonstrando como a privacidade será resguardada.

2.5 FORMAS DE DISPONIBILIZAÇÃO DAS DECLARAÇÃO DE POLÍTICA DE PRIVACIDADE E DE PROTEÇÃO DE DADOS

Restou demonstrado no presente estudo que o titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva.

Como elucidado, a lei prevê em sua integralidade, que o titular deve ter informações claras, precisas, inequívocas e acesso facilitado de seus dados, afinal é um bem valioso que ele detém.

Mas como o titular que não possui afeição à área jurídica terá a clareza, precisão e entendimento facilitado da Declaração de Política de Privacidade e outros documentos cujo objeto seja a Proteção de Dados Pessoais, se estes termos são repletos de palavras jurídicas, técnicas e informações muitas vezes de difícil compreensão?

Uma alternativa é a utilização da chamada *Visual Law*, cujo objetivo é tornar a comunicação clara, objetiva e eficiente. Esta ferramenta serve para analisar e ilustrar os fatos e fundamentos jurídicos de maneira simples, funcional, atrativa e com boa usabilidade, concentrada no humano, através da empatia.

De acordo com Coelho e Holtz (2021) a proposta do *Legal Design* e do *Visual Law* é aproximar as pessoas da informação jurídica. Para tanto, a *Visual Law* é uma subárea do *Legal Design*, que é uma abordagem inspirada no *Design Thinking*, que tem como objetivo encontrar soluções estratégicas e inovadoras para questões do universo jurídico. É focado na empatia e no ser humano, gerando como resultado a entrega de valor.

Assim, o uso dessas práticas torna o acesso à informação jurídica mais igualitário e pode-se concluir que a utilização de *Visual Law* é uma grande ferramenta de acesso à justiça. Há de se ressaltar

que a utilização dos recursos visuais não faz concorrência com o texto escrito, muito pelo contrário, ambos se complementam, a fim de que facilite a compreensão dos destinatários.

Uma ressalva deve ser feita: não é tudo que deve se tornar visual. Os limites de representação visual são definidos pela substância da regra legal e pelas características do usuário, incluindo o contexto em que ele se encontra.

Neste contexto, quando se diz pela adoção de elementos visuais o que se quer é uma melhor informação ao usuário. Como visto, os termos de uso e políticas de privacidade são termos de adesão, ou seja, não há possibilidade de se modificar cláusulas. Assim, pode-se afirmar que estes documentos têm função precípua de informar os usuários como se dará a relação ali estabelecida. Assim, é importante que esta informação seja clara e adequada.

Portanto, quando da confecção da Declaração de Política de Privacidade, uma das formas de tornar o documento acessível ao público-alvo, com fito a assegurar os princípios da transparência e livre acesso, bem como a fornecer os direitos de acesso à informação de forma clara e inequívoca, é fazer uso dos elementos do *Visual Law*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o exposto, tem-se que a Lei 13.709/2018, denominada de Lei Geral de Proteção de Dados, ou LGPD, instituiu como um de seus fundamentos, no inciso II do art. 2º, a autodeterminação informativa e, para isso, em uma leitura sistêmica com o princípio da transparência, trazido no inciso VI do art. 6º da Lei, conclui-se que é dever de todos que tratam dados pessoais ser transparente, e isto inclui facilitar o acesso do titular, à consciência de todos os tratamentos que são realizados em seus dados.

Neste contexto é onde resta enquadrada a Declaração de Política de Privacidade e Proteção de Dados. Este Documento é o que permite ao titular de dados se conscientizar sobre todos os tratamentos que são realizados, bem como é uma forma de consulta para ele decidir sobre

o quão seguro estarão seus dados pessoais, e o quão íntegra é a figura de quem está tratando seus dados.

Assim sendo, este documento obrigatório em qualquer empresa que realize tratamento de dados e, inclusive, na Empreendedorismo Inovador.

Para sua elaboração, é imprescindível que ela seja transparente, minuciosa e realmente informe ao titular todo o fluxo que os dados percorrem dentro e fora da organização. Além disso, para cumprir sua obrigação de clareza, é importante que ela seja redigida em linguagem acessível e que faça uso de um *layout* compreensível, como o chamado *Visual Law*.

Quanto à sua composição, deve-se informar ao titular de dados, inicialmente, cada um dos dados coletados e como os princípios contidos da LGPD são aplicáveis no tratamento de seus dados. Em outras palavras, mister informar ao titular como estão sendo aplicáveis os princípios da boa-fé, da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas à cada uma das operações de tratamento realizada e à cada dado.

Após, imprescindível demonstrar quais os direitos do titular e sua forma de exercê-los dentro da empresa. Dentre eles, cita-se a confirmação de existência do tratamento e acesso a esses dados; correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com a Lei; portabilidade; eliminação dos dados; informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados; informação sobre a possibilidade de não fornecer o consentimento, as consequências da negativa e a revogação do consentimento; e prerrogativas diante das decisões automatizadas.

Além disso, é de suma importância, embasar a coleta de tratamento dos dados outrora informados às chamadas bases legais, ou seja, correlacionar cada uma das informações às hipóteses contidas

na lei que autorizam o seu tratamento e dispor sobre o tratamento de dados de crianças e adolescentes.

Por fim, resta elucidar de forma transparente acerca do compartilhamento de dados com outras empresas e a respectiva obediência aos preceitos legais, bem como acerca da transferência internacional de dados e o enquadramento às hipóteses taxativas e autorizativas contidas na LGPD.

Pois bem. Informar e ser transparente com o titular, demonstrar os propósitos legítimos que fundamentam os tratamentos, o que é realizado com os dados e como essas informações estão sendo protegidas, não apenas são essenciais e obrigatórias para cumprimento legal, mas evidenciam uma preocupação da empresa com o respeito à privacidade do titular, seja ele o seu cliente, seu colaborador ou seu fornecedor e preconiza o compromisso com a sua função social na sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 11 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 11 de junho de 2023.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 13 de junho de 2023.

COELHO, Alexandre Zavaglia; HOLTZ, Ana Paula Ulandowski. E-book legal design / visual law – comunicação entre o universo do direito e os demais setores da sociedade. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. *Civilistica. com*, v. 9, n. 1, p. 1-38, 2020.

KORKMAZ, Maria Regina Rigolon; SACRAMENTO, Mariana. Direitos do titular de dados:: potencialidades e limites na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. REVISTA ELETRÔNICA DA PGE-RJ, v. 4, n. 2, 2021.

LIMA, Adrienne; ALVES, Davis. "Encarregados - Data Protection Officer" DPOs exigidos pela LGPD- Lei Geral de Proteção de Dados Lei 13.709/2018. São Paulo: Editora Haikai, 2021.

MACHADO, Luciana Cristina Pinto; MARCONI, Licia Pimentel. ESTUDOS PRELIMINARES SOBRE OS PRINCÍPIOS APLICADOS AO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA LEI Nº 13.709/2018-LGPD. Anais do ENEPE Unoeste, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRANDA, Rosângelo Rodrigues. A Proteção Constitucional da Vida Privada. São Paulo: Led-Editora de Direito LTDA, 1996.

PORTO, Laura. A política de privacidade nas empresas de acordo com a LGPD. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/346691/a-politica-de-privacidade-nas-empresas-de-acordo-com-a-lgpd>. Acesso em 13 de junho de 2023.

ROSENVALD, Nelson. O princípio da Boa-Fé. Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região, Brasília, v. 15, n. 10, out. 2003.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O princípio da boa-fé na Lei Geral de Proteção de Dados. Conj. Direito Civil Atual. v. 27, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-09/direito-civil-atual-principio-boa-fe-lgpd>. Acesso em 13 de junho de 2023.

ZAPPELINI, Thaís Duarte. Guia de proteção de dados pessoais: transferência internacional. CEPI FGV Direito SP, 2020.

O DIREITO À INFORMAÇÃO COMO REQUISITO DE VALIDADE DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO PACIENTE PELA RECUSA TERAPÊUTICA.

*Camila Braga da Cunha*³⁹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo avaliar a necessidade de garantir o direito à informação, quando o paciente manifesta sua vontade pela recusa terapêutica proposta pelo médico. Buscou-se analisar o surgimento do direito à autodeterminação dos pacientes e a posição consolidada da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito à informação do paciente. A partir destes dados, se ponderou como os precedentes judiciais se aplicariam na hipótese da manifestação de recusa terapêutica. Concluiu-se que tal como ocorre no consentimento para realizar os procedimentos, na hipótese de recusa terapêutica restará configurado a responsabilidade civil e ética do profissional médico quando não prestada as informações adequadas ao paciente. Observou-se, também, que existe determinação por parte do Conselho Federal de Medicina sobre a forma e requisitos da manifestação de recusa terapêutica, sendo obrigatório o registro e a existência de testemunhas, de forma a afastar as responsabilidades do profissional médico pelos danos advindos da desistência do tratamento. Utilizou-se na presente pesquisa o método dedutivo, por meio de investigação doutrinária, legislativa, normativa, bem como análise de dados.

Palavras-chave: Direito Médico. Direito à Informação. Consentimento. Recusa Terapêutica.

³⁹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos - contato: camilabcunha.adv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O compartilhamento das decisões de tratamento de saúde entre médico e pacientes é relativamente recente. A mudança perpassou de uma medicina cujo centro do poder decisório estava no médico, para a participação do paciente por meio de seu consentimento com as condutas prescritas pelo profissional.

Como evolução decorrente da própria participação do paciente em seus cuidados, a jurisprudência do Superior de Justiça construiu um consolidado posicionamento sobre a necessidade de garantir o direito à informação aos pacientes. Resta estabelecido na referida Corte Superior que é necessário que o paciente receba informações individualizadas sobre o tratamento proposto, incluindo os riscos a que está se submetendo, para que o consentimento exprimido seja válido e opere seus efeitos.

Estabelecida a premissa da necessidade do direito à informação nas hipóteses de consentimento, o objetivo geral do presente artigo é estabelecer o papel e a importância deste direito nos contextos de recusa terapêutica.

Os objetivos específicos do presente estudo são analisar: 1) o surgimento do direito à autodeterminação e sua efetivação por meio do consentimento informado; 2) a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito à informação como requisito do consentimento do paciente; 3) a Resolução CFM N.º 2.232/2019, que estabeleceu os requisitos da manifestação da recusa terapêutica e traçar um paralelo com a atual jurisprudência sobre o direito à informação pelo paciente.

Para alcançar os objetivos acima enumerados e responder à pergunta objeto desta pesquisa, foi escolhido o método hipotético-dedutivo, por meio de revisão bibliográfica, normativa e jurisprudencial sobre o tema.

O referencial teórico será a Resolução CFM N.º 2.232/2019, que estabeleceu os requisitos para a manifestação da recusa terapêutica

e o acórdão do Recurso Especial n.º 1.540.580 – DF, publicado pelo Superior Tribunal de Justiça em 04 de setembro de 2018.

2. O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO PELOS PACIENTES

De quem é o poder de decidir sobre os tratamentos de saúde de determinado paciente? Nos primórdios da medicina até meados do século XX, a resposta seria uníssona. Quem decidia sobre os tratamentos de saúde era exclusivamente o médico, cabendo ao paciente e suas responsáveis decisões excepcionais.

Este período é citado pelos bioeticistas como aquele em que se exerceu a medicina paternalista, a medida em que ao médico é atribuída a *“autoridade quanto ao que considerava ser o “bem” do paciente”*. (VASCONCELOS, 2020, p.8).

Importante ressaltar que os fundamentos para o exercício do paternalismo se alteraram ao longo do tempo, como na Idade Média, em que o médico era visto como *“instrumento de Deus”* e, portanto, consistia a ele a tomada das decisões sobre os cuidados do paciente:

A existência do poder de decisão sobre as condutas a serem tomadas conferia ao médico superioridade, mormente quando projetada nele a vontade divina, o que favoreceu o endeusamento da figura médica, vista por diferentes modos durante o percurso da Antiguidade à Idade Média. (VASCONCELOS, 2020, p.12)

Já no período iluminista e positivista, a primazia da decisão médica se dava pelo seu conhecimento, em contrapartida, a ignorância do enfermo (VASCONCELOS, 2020, p.16). Por outro lado, o relacionamento deste profissional com seu paciente se distanciava, pois não era estabelecido diálogo durante o tratamento de saúde. (VASCONCELOS, 2020, p.22).

Pondera José Luiz Telles de Almeida que somente em 1914 começa a surgir questionamentos quanto ao poder de decisão exclusiva do médico, por meio dos tribunais norte-americanos. (ALMEIDA, 1999, p. 22).

Todavia, foi no Tribunal de Nuremberg (1947), quando do julgamento daqueles que realizaram experimentos científicos em seres humanos durante a Segunda Guerra Mundial, que o direito à autodeterminação se apresenta como instrumento para validar ou se opor a decisões médicas (ALMEIDA, 1999, p. 28). Em razão dos julgamentos realizados pelo Tribunal de Nuremberg, foi divulgado um documento que ficou conhecido como Código de Nuremberg, em que restou determinado que:

1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. (TRIBUNAL DE NUREMBERG, 1947)

Portanto, é no poder de escolha do paciente, em se submeter ou não aos procedimentos propostos pelo seu médico é que reside o direito à autodeterminação no âmbito da saúde.

Entretanto, conforme será demonstrado no próximo tópico, não basta ação de escolha pelo paciente. Esta escolha deve ser consciente

e orientada, e para tanto, deve ser garantido o direito à informação do paciente ou responsável.

3. O STJ E O DIREITO À INFORMAÇÃO DO PACIENTE

No tópico anterior foi apresentada, brevemente, a evolução da participação do paciente em seu tratamento médico, por meio do consentimento livre e esclarecido concedido para a realização dos procedimentos.

A título ilustrativo, observando os primeiros documentos que regem a ética médica no país, já era determinado em 1929, no Código de Moral Médica, publicado pelo Sindicato Medico Brasileiro, a necessidade de autorização do paciente para realização a procedimento cirúrgico com retirada de membros do corpo, nos termos do artigo 14º: *“O cirurgião não fará operação alguma multilante (amputação, castração, etc.), sem prévia autorização do enfermo perante testemunhas idôneas”*. (SINDICATO MÉDICO BRASILEIRO, 1929).

Existia a exigência de consentimento por parte paciente, bem como de sua confirmação deste por meio de testemunhas. Entretanto, o consentimento não era necessário para todos os procedimentos e tratamentos a serem submetidos os pacientes. Demonstra-se, portanto, se tratar o consentimento de uma “exceção” a regra geral, qual seja, de que cabia ao profissional médico a determinação dos cuidados, independente da vontade do paciente.

A mesma maneira, a transmissão das informações ao paciente sobre seu estado de saúde também consistia em uma exceção, conforme prescreve o artigo 6º:

O médico evitará em seus atos, gestos e palavras, tudo o que possa agir desfavoravelmente no animo do doente e deprimi-lo ou alarma-lo sem necessidade, mas se a moléstia for grave e se teme um desenlace fatal, ou são esperadas complicações capazes de torna-lo, a notificação oportuna é de regra e o médico

a fará a quem, a seu juízo, deva sabe-lo. (SINDICATO MÉDICO BRASILEIRO, 1929).

Retrocedendo acerca de cem anos atrás, o cenário de participação dos pacientes em seu cuidado era limitado e muitas vezes até mesmo inexistente. Isto porque a obrigatoriedade do compartilhamento de informações pelo médico somente ocorreria em casos graves. Contudo, mesmo em condições de risco de morte, estas informações não seriam transmitidas necessariamente ao paciente, mas a quem o médico julgasse pertinente o conhecimento.

Com as alterações implementadas pelo Código de Nuremberg (1947) e pela própria alteração da relação médico-paciente, o consentimento passou a ser requisito prévio ao início dos tratamentos médicos. Todavia, muitas vezes o consentimento era fornecido pelo paciente ou seus responsáveis sem o conhecimento das informações necessárias, como condições da doença, prognósticos, riscos, possíveis benefícios ou outras alternativas.

Não que o paciente ou os seus responsáveis fossem obrigados a assentir com o tratamento proposto pelo médico. A questão que se impõe é que eles não possuíam, e talvez até hoje em alguns locais ainda não possuem, a totalidade da informação sobre o tratamento, para a que fosse realizada a tomada da decisão consciente e orientada.

Neste cenário, o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se delineou mais fortemente a partir de 2018, demonstrou a necessidade da informação para que o consentimento e, por consequência, a assunção dos riscos da proposta terapêutica pelo paciente, fossem devidamente válidos para afastar a responsabilidade civil e ética dos profissionais.

Antes de 2018, o STJ já possuía acórdãos que expressaram a necessidade da informação e consentimento dos pacientes acerca dos riscos dos tratamentos médicos. Pode-se citar como exemplo o acórdão de relatoria do Ministro Ari Pargendler, em que restou consignado a obrigatoriedade do médico em informar os riscos ao paciente:

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL. O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2007)

Entretanto, é a partir do acórdão de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, no Recurso Especial n.º 1.540.580 – DF (2015/0155174-9), publicado em 04 de setembro de 2018, é que o direito à informação pelo paciente ou responsáveis aparece como requisito de validade do consentimento fornecido aos profissionais de medicina.

O processo avaliado no citado julgamento se tratava de ação de reparação de danos morais e materiais, em face de médico e instituições hospitalares, pela realização do procedimento cirúrgico que agravou o quadro de saúde do autor da ação. (BRASIL, 2018, p. 6)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal havia negado o pedido de indenização do autor, ao argumento que era um costume profissional os médicos alertarem sobre os riscos do procedimento de forma verbal, ainda que sem anotação em prontuário ou coleta de assinatura em documentos. Também se ponderou que a perícia técnica realizada nos autos não apontou qualquer falha técnica dos réus, ao contrário, evidenciou que a piora clínica no autor era multifatorial, não sendo possível apontar apenas o procedimento cirúrgico como causa do agravamento do quadro. (BRASIL, 2018, p. 7-8)

Entretanto, a Quarta Turma do STJ divergiu do Tribunal de origem, ao entender que os réus não conseguiram comprovar o “*dever de informação acerca dos riscos que envolviam as práticas terapêuticas utilizadas para a alegada melhoria no quadro clínico.*” (BRASIL, 2018, p. 29).

Para alcançar esta conclusão, o Ministro Luis Felipe Salomão traçou uma linha de raciocínio que se iniciou com o dever de informação típico da relação médico-paciente, previsto no Código de Ética Médica, e que permite ao paciente “*ou seu representante legal, de*

decidir livremente sobre as práticas diagnósticas e terapêuticas”. (BRASIL, 2018, p. 19)

Ponderou o relator que esse dever de informação somente poderia ser mitigado quando o conhecimento pudesse causar danos ao paciente. Contudo, ainda que nestas condições, a plena informação deveria ser prestada ao representante legal do enfermo. (BRASIL, 2018, p. 20).

Destacou também a necessidade da informação ao paciente como maneira de garantir o direito à autodeterminação, previsto em diversos instrumentos internacionais, como a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005, da Unesco. (BRASIL, 2018, p. 21). E neste ponto, o Ministro Luis Felipe Salomão correlacionou o direito à informação também ao Código de Defesa do Consumidor:

Diante da inexistência de legislação específica para regulamentação do dever de informação e do direito ao consentimento livre e informado na relação médico-paciente, o CDC é o diploma que reúne as regras capazes de proteger o sujeito em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, a partir de uma visão da relação contratual, com prevalência do interesse social.

Sob essa ótica é que o direito à informação adquire relevância, assegurado como direito básico do paciente enquanto consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como os riscos que apresentem.

No código consumerista, como se sabe, o direito à informação é considerado direito fundamental do consumidor, partindo-se do pressuposto legal de sua vulnerabilidade. Assim, a informação devida pelo médico ao paciente apresenta características descritivas e prescritivas, sendo que seu conteúdo

toma forma de esclarecimentos e aconselhamentos. (BRASIL, 2018, p. 22 e 23).

No inteiro teor do acordão também restou destacado que é ônus do médico comprovar o cumprimento de esclarecer e obter o consentimento informado do paciente. (BRASIL, 2018, p. 29). Assim, não encontrando evidências sobre o esclarecimento dos riscos do procedimento ao paciente e seu responsável, o Ministro Relator Luis Felipe Salomão votou pelo deferimento da indenização por danos extrapatrimoniais. (BRASIL, 2018, p. 36).

Por fim, se destaca na ementa do referido acordão o uso da expressão *blanket consent* para se referir a prestação de informações genéricas, sem a devida individualização ao caso do paciente:

5. Haverá efetivo cumprimento do dever de informação quando os esclarecimentos se relacionarem especificamente ao caso do paciente, não se mostrando suficiente a informação genérica. Da mesma forma, para validar a informação prestada, não pode o consentimento do paciente ser genérico (*blanket consent*), necessitando ser claramente individualizado. (BRASIL, 2018, p. 2)

A partir da publicação do citado acordão, 13 decisões monocráticas e um acordão sobre este tema foram publicados com remissão direta a decisão proferida no Recurso Especial n.º 1.540.580 – DF (2015/0155174-9). O acordão publicado em 08/04/2022, referente ao Recurso Especial n.º 1.848.862 – RN (2018/0268921-9), de autoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, seguiu a jurisprudência da Corte ao estabelecer o dever de indenizar decorrente da ausência de informação dos riscos do procedimento, conforme aponta sua ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO

REALIZADO PARA RESOLVER SÍNDROME DA APNÉIA OBSTRUTIVA DO SONO (SASO). FALECIMENTO DO PACIENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. CONSTATAÇÃO APENAS DE CONSENTIMENTO GENÉRICO (BLANKET CONSENT), O QUE NÃO SE REVELA SUFICIENTE PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DA CAUSA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. (BRASIL, 2022, p.1)

Assim, se pode inferir que se firmou jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça garantidora do direito à informação do paciente. Estabeleceu-se que não existindo a prestação de informações, ou quando estas foram dadas de maneira genérica, ocorre a violação ao direito à informação do paciente ou seu responsável. Nestas circunstâncias, qualquer consentimento dado pelo paciente ou responsável é inválido.

Com a ausência do consentimento ou sua invalidação, é possível a responsabilização civil e ética dos profissionais médicos baseada no descumprimento do dever de informar.

Por outro lado, quando o consentimento não é fornecido pelo paciente ocorre a recusa terapêutica. No próximo tópico se busca avaliar, a partir da jurisprudência firmada pelo STJ, a existência do dever de informação dos médicos nas hipóteses de recusa terapêutica.

4. O ESCLARECIMENTO DO PACIENTE COMO REQUISITO DE VALIDADE DA RECUSA TERAPÊUTICA

Como a outra face da moeda, a recusa terapêutica nasce da negativa de fornecimento do consentimento, por parte do paciente ou responsável, para realização de tratamento médico.

A recusa terapêutica está prevista no Código de Ética Médica, em seu 31, que assim dispõe:

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

Verifica-se que perante o Código de Ética Médica, ausente o risco iminente de morte, o paciente possui o direito de recusar o tratamento proposto por seu médico. Nesta ocasião, a manifestação de vontade livre e consentida do paciente afasta a responsabilidade civil e profissional do médico sobre os danos à saúde, em razão do não seguimento do tratamento proposto.

Ocorre que tal qual o consentimento, para a recusa terapêutica ter os efeitos acima mencionados, é importante que se garanta o paciente o direito à informação.

Neste cenário, o Conselho Federal de Medicina, publicou a Resolução CFM N.º 2.232/2019, que trata especificadamente do tema, definindo o direito à recusa terapêutica como:

Art. 2º É assegurado ao paciente maior de idade, capaz, lúcido, orientado e consciente, no momento da decisão, o direito de recusa à terapêutica proposta em tratamento eletivo, de acordo com a legislação vigente.

Parágrafo único. O médico, diante da recusa terapêutica do paciente, pode propor outro tratamento quando disponível. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

Constituem exceções ao direito de recusa terapêutica aquela recusa proferida por paciente menor de idade, adulto sem o uso das plenas faculdades mentais, quando a recusa terapêutica colocar em risco a vida de terceiros, ser doença transmissível ou que exponha a população a riscos de contaminação. Nestas situações os médicos não devem aceitar as recusas terapêuticas, devendo registrar os fatos no prontuário e, se houver, comunicar os fatos ao diretor técnico, para que este acione as autoridades competentes.

Também constitui exceção a recusa terapêutica e ao próprio consentimento prévio, os casos que caracterizarem iminente perigo de morte. Nesta hipótese, nos termos do art. 11 da Resolução CFM N.º 2.232/2019, o médico deverá tomar todas as medidas para salvaguardar a vida do paciente.

Quanto ao direito à informação, o art. 12 da citada resolução, determina a forma em que a declaração deverá ser prestada pelo paciente, conforme se segue:

Art. 12. A recusa terapêutica regulamentada nesta Resolução deve ser prestada, preferencialmente, por escrito e perante duas testemunhas quando a falta do tratamento recusado expuser o paciente a perigo de morte.

Parágrafo único. São admitidos outros meios de registro de recusa terapêutica quando o paciente não puder prestá-la por escrito, desde que o meio empregado, incluindo tecnologia com áudio e vídeo, permita sua preservação e inserção no respectivo prontuário. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2019).

Percebe-se o cuidado do Conselho Federal de Medicina em estipular que a forma seja escrita, acompanhada por duas testemunhas. Ao analisar o art. 12 em conjunto com o art. 1º, ambos da Resolução, se observa a necessidade de que na referida manifestação de recusa terapêutica conste os riscos e as consequências previsíveis da desistência.

Para as hipóteses em que não é possível o paciente prestar a declaração por escrito, são admitidos outros meios de registro da manifestação, desde que seja possível inserir a declaração no prontuário médico, sendo exemplificado no parágrafo único o uso de áudio e vídeo.

Pela atual jurisprudência do STJ, que exalta o direito à informação e autodeterminação do paciente, conforme observado no tópico anterior, se pode inferir que o desrespeito a estes direitos, no âmbito da manifestação da recusa terapêutica, pode gerar a responsabilidade civil e profissional do médico pelos eventuais danos sofridos pelo paciente em razão da decisão tomada.

Como ocorre com o consentimento para a realização do tratamento, na recusa terapêutica é necessário o devido esclarecimento, individualizado, do paciente, para que esta produza seus efeitos de excludente de responsabilização do profissional médico. Para que a declaração de recusa de tratamento possua validade, e por sua vez exima o profissional médico da responsabilidade civil e das infrações éticas, é necessário que sejam prestadas todas as informações ao paciente, conforme inteligência do art. 1º e art. 12 da Resolução CFM N.º 2.232/2019.

As informações a serem fornecidas pelo médico ao paciente são os riscos da recusa terapêutica, as consequências previsíveis e outras possibilidades de tratamento. Estas informações devem estar devidamente descritas na declaração de recusa de tratamento, demonstrando a boa-fé e o cumprimento do direito à informação.

Ausente a comprovação de que o paciente tenha sido plenamente informado sobre os riscos, consequências previsíveis e outras

possibilidades de tratamento, a declaração de recusa terapêutica perde sua validade.

Por outro lado, quando devidamente registrada as informações prestadas ao paciente, a recusa terapêutica é plenamente válida e pode ser apresentada judicialmente para impedir a realização de procedimentos não autorizados.

Um exemplo de recusa de tratamento é a negativa de recebimento de transfusão de sangue por motivos religiosos. Em muitas circunstâncias, ocorre a judicialização por parte dos hospitais e profissionais médicos no intuito de obter uma decisão do poder judiciário para sobrepor a recusa terapêutica.

No entanto, já existem decisões em favor da manutenção da recusa terapêutica quando demonstrado, dentre outros fatores, a consciência da escolha e de suas consequências pelo paciente ou responsável. Neste sentido podemos verificar as jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

No presente caso, a própria agravante relata, em suas razões recursais, que o agravado encontra-se lúcido, orientado, consciente no tempo e espaço, e ele, na companhia de sua família, externou a vontade de não ser submetido a qualquer tratamento que não envolva transfusão de sangue.

Além disso, o documento de ordem 28, intitulado “Diretivas Antecipadas e Procuração para Tratamento de Saúde”, assinado por ele com firma reconhecida por autenticidade em Cartório, revelam a clareza de seu posicionamento sobre o tema, especialmente o item 2, o qual transcrevo:

“2. Sou testemunha de Jeová e não aceito NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos plaquetas ou plasma em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida (Atos 15:28, 29).”

(...)

É o que se observa no caso em tela, em que o agravado afirma e reafirma, de forma escrita e verbal, junto a seus familiares, que tem plena consciência de sua escolha e de suas possíveis consequências.

Por todos os motivos acima delineados, entendo pela inviabilidade de se impor ao agravado, por meio de decisão liminar, a submissão a um tratamento médico que viola sua consciência crença e livre manifestação de vontade.” (MINAS GERAIS, 2023).

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservá-la a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de “salvar a pessoa dela própria”, quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

A consciência da escolha e de suas consequências, como citado em ambas jurisprudências, é o resultado da tomada de decisão baseada nas informações que foram prestadas. Portanto, para a validade e pleno exercício da recusa terapêutica é necessária a transmissão de informações pelo profissional médico.

Conclui-se, portanto, que o direito à recusa terapêutica é garantido aos pacientes. O requisito para que a declaração de recusa terapêutica seja válida, além do registro e testemunhas, é que o paciente seja devidamente informado dos riscos, as consequências previsíveis da desistência e outras alternativas de tratamentos porventura existentes.

Ausentes a prestação de informações individualizadas aos pacientes, a declaração de recusa terapêutica será inválida, podendo acarretar em responsabilização civil e profissional do médico assistente.

5. CONCLUSÃO

Buscou-se verificar no presente artigo se o direito à informação seria requisito de validade da manifestação de recusa terapêutica, tal qual ocorre no consentimento informado.

Para tanto se analisou o surgimento do direito à autodeterminação e com ele a necessidade do consentimento do paciente para se submeter a tratamentos médicos. Neste aspecto, se observou a mudança da medicina, que antes centrava suas decisões exclusivamente no profissional médico, para o compartilhamento das decisões com o paciente por meio do consentimento informado.

Explorou-se a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, que aponta como requisito de validade do consentimento informado, a prestação de informações pormenorizadas e individualizadas aos pacientes, especialmente os riscos advindos da realização do tratamento proposto. Verificou-se a interseções do direito à informação com os direitos previstos no Código de Defesa do

Consumidor, em especial o que determina a prestação de informações claras e precisa sobre os serviços ofertados.

Por outro lado, quando se trata do direito à recusa terapêutica, o próprio Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM N.º 2.232/2019, estabelece como mandatário que o profissional médico esclareça o paciente do riscos, as consequências previsíveis e possíveis alternativas terapêuticas antes da manifestação de recusa terapêutica.

Conclui-se que tal qual ocorre com o consentimento informado, para que a manifestação de recusa terapêutica seja válida e exonere o médico da responsabilidade civil e profissional, é necessário que seja prestado e registrado o fornecimento de informações suficientes a tomada de decisão pelo paciente ou responsável.

Nas hipóteses em que não for possível verificar se o direito à informação foi adequadamente oferecido ao paciente, o profissional médico atrai para si a responsabilidade pelos eventuais danos sofridos pelo enfermo. Isto porque o paciente carece de informação e, portanto, a sua decisão não foi consciente e orientada, conforme determina as normas éticas do Conselho Federal de Medicina.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, José Luiz Telles de. **Respeito à autonomia do paciente e consentimento livre e esclarecido**: uma abordagem principialista da relação médico - paciente. 1999. 132 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4428> Acesso em 16 out 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 818144. São Paulo. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA. DANO MORAL.** O médico que deixa de informar o paciente acerca dos riscos da cirurgia incorre em negligência, e responde civilmente pelos danos resultantes da operação. Agravo regimental não provido. Agravante: Sérgio Passeroti. Agravada: Maria Aparecida Hernandez dos Santos. Relator: Min. Ari Pargendler. 05 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1540580. Distrito Federal. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO POR INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. NECESSIDADE DE ESPECIALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DE CONSENTIMENTO ESPECÍFICO. OFENSA AO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO. VALORIZAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO. DANO EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. BOA-FÉ OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA DO MÉDICO.** Recorrente: Dimas Pereira e Abrahão e Outros. Recorrido: Manoel Jacobsen Teixeira e Outros. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. 04 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1848862. Rio Grande do Norte. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO PARA RESOLVER SÍNDROME DA APNÉIA OBSTRUTIVA DO SONO**

(SASO). FALECIMENTO DO PACIENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. FALHA NO DEVER DE INFORMAÇÃO ACERCA DOS RISCOS DA CIRURGIA. CONSTATAÇÃO APENAS DE CONSENTIMENTO GENÉRICO (BLANKET CONSENT), O QUE NÃO SE REVELA SUFICIENTE PARA GARANTIR O DIREITO FUNDAMENTAL À AUTODETERMINAÇÃO DO PACIENTE. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE. REDUÇÃO DO VALOR FIXADO, CONSIDERANDO AS PARTICULARIDADES DA CAUSA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. Recorrente: Anna Maria Trindade dos Reis e Outro. Recorrida: Clínica Pedro Cavalcanti Ltda e Outros. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. 08 abr. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 2.2327, de 16 de setembro de 2019. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Publicada no D.O.U. de 16 de setembro de 2019, Seção I, p. 113.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento – CV n.º 1.0000.23.096144-3/001**. Decisão Monocrática. Agravante: C.C.A.N.S.P.S Relator: Des.(a) Mariangela Meyer. 07 ago. 2023.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 70032799041**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA

A DIGNIDADE DA RECORRENTE. Relator: Des. Cláudio Baldino Maciel. 03 ago. 2010

SINDICATO MÉDICO BRASILEIRO. **Código de Moral Médica**. Boletim do Sindicato Médico Brasileiro, n.º 8, agosto de 1929. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/wp-content/uploads/2020/09/codigo-moralmedica1929.pdf> Acesso em: 14 out. 2023.

TRIBUNAL DE NUREMBERG. **Código de Nuremberg**. 1947. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/codigo_nuremberg.pdf. Acesso em: 5 nov. 2021.

VASCONCELOS, Camila. **Direito Médico e Bioética: História e judicialização da relação médico paciente**. 2020. Ed. Lumen Juris.

RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Ingrid Albuquerque Mation⁴⁰

RESUMO: O sistema econômico capitalista é movido pela obtenção de lucros e acúmulo de riquezas, estas motivações corroboram, por vezes, com atitudes das organizações privadas visando a redução de custos, mas que prejudicam fatores sociais e ambientais, expondo uma parcela da classe trabalhadora a riscos atrelados à vida, saúde, segurança e até mesmo a condições análogas à escravidão, além de interferirem negativamente no meio ambiente, impactando em mudanças climáticas, degradação de ecossistemas e esgotamento de recursos naturais. Dentro deste sistema econômico, cabe ao governo desenvolver regulamentações a fim de limitar ações e responsabilizar os indivíduos que causem prejuízos, mas a atuação das instituições financeiras e o impacto que suas operações refletem na sociedade, tornam estas instituições instrumentos essenciais para contribuir com a redução dos riscos atrelados às questões socioambientais. O presente artigo busca demonstrar a importância das instituições financeiras para a sociedade em que estão inseridas, principalmente sob a ótica do mercado de crédito, bem como discute a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras, tanto para incorporar valores sociais e ambientais aos critérios de governança corporativa e sistema de *compliance* da instituição, quanto para desestimular as práticas negativas e prejudiciais a questões socioambientais de clientes, tomadores de créditos, fornecedores e outros *stakeholders*.

PALAVRAS-CHAVE: Socioambiental; Instituição Financeira; ESG; Responsabilidade; Governança.

40 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas; Especialista em Direito Bancário e Mercado Financeiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; LinkedIn: <https://www.linkedin.com/in/ingridmation>; E-mail: ingrid.mation@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

As instituições financeiras possuem o importante papel de intermediar a relação entre as pessoas físicas ou jurídicas e os serviços disponíveis no mercado financeiro. Atuando através da “[...] coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” (BRASIL, 1964), conforme definição presente no Artigo 17 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Um dos setores de atuação das instituições financeiras é o mercado de crédito, por meio do qual há a captação de recursos disponíveis dos agentes superavitários e posterior alocação destes recursos aos agentes deficitários, de forma a motivar a circulação de recursos no mercado, o financiamento e investimento de atividades econômicas, possibilitando o desenvolvimento de novos negócios, bem como aumento da oferta de bens e serviços.

A ampla possibilidade de obtenção de créditos através das instituições financeiras atrai diversos grupos de pessoas físicas e jurídicas, buscando o desenvolvimento de suas atividades de negócio e, conseqüentemente, a finalidade essencial: lucro. Nessa perspectiva, diversos modelos de negócio conferem elevado risco à vida dos trabalhadores, sendo de imensa importância que os empregadores garantam a segurança das atividades a serem exercidas por seus funcionários, em observância às condições necessárias ao trabalho digno, hígido e seguro. Adicionalmente, podem ocasionar impactos negativos ao meio ambiente, sendo de responsabilidade das organizações privadas estarem em conformidade com as legislações ambientais, obterem autorizações perante órgãos públicos responsáveis pela proteção ao meio ambiente e cumprir todas as exigências desses órgãos.

Muito embora a incorporação de valores socioambientais pelas organizações privadas ser, atualmente, vista como um diferencial competitivo e positivo, ainda há um elevado número de casos de empresas investigadas e condenadas por submeter seus funcionários

a condições de trabalho análogas à escravidão, bem como inúmeras infrações relacionadas a atos das organizações privadas que impactam negativamente o meio ambiente.

A partir da década de 90, houve a propagação de discussões sobre os direitos humanos, ao trabalho digno e seguro, ao meio ambiente equilibrado, reforçando a necessidade de uma revolução em todos os setores da sociedade a fim de transformar o modelo de produção e distribuição de bens e serviços, forma de atuação do mercado financeiro internacional e de todos os envolvidos no sistema econômico, assim, conseqüentemente, disseminando conhecimento e conscientizando toda a população sobre a importância de agir em atenção às questões socioambientais. Neste contexto, têm-se a difusão dos conceitos que envolvem o termo *Environmental, Social and Governance* (ESG), além da criação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de promover uma mudança a nível global dos principais desafios enfrentados pela população mundial.

Portanto, diante de um cenário em que, as instituições financeiras estejam juridicamente vinculadas às atividades de elevados riscos social e ambiental, por meio de contratos crédito, financiando e lucrando através das atividades de terceiros. Cabe às instituições financeiras garantirem que, o crédito disponibilizado por elas não custeará atividades ilícitas e ilegais, por meio da definição de princípios internos, implementação de um sistema de governança e integridade robusto, desenvolvimento de código de ética e políticas internas, gerenciamento de riscos de crédito, sociais e ambientais, bem como diligência prévia e monitoramento contínuos das pessoas relacionadas às suas operações, sejam estas pessoas físicas, jurídicas e suas atividades.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PARA A SOCIEDADE

As instituições financeiras possuem importante papel para o sistema econômico moderno de forma a viabilizar o fluxo financeiro entre os agentes econômicos superavitários e deficitários, garantindo o bom funcionamento da economia através da intermediação financeira.

Todos os agentes da sociedade estão ligados, seja por uma relação de consumo, poupança ou investimento. A forma como cada indivíduo da sociedade pensa sobre os recursos disponíveis, as necessidades e desejos ilimitados decidirão a capacidade econômica dos indivíduos. De forma que, de um lado têm-se os agentes econômicos que consomem menos do que ganham, assim, formando poupança, e, por outro lado, os agentes deficitários que consomem mais do que ganham, assim, necessitando de recursos de terceiros.

Neste sentido, no segmento do mercado de crédito, as instituições financeiras atuam se posicionando entre os agentes econômicos superavitários e deficitários, de maneira que, primeiramente, exercem a captação de riquezas disponíveis dos superavitários, remunerando-os através de juros pela captação, e, posteriormente, alocam aos agentes deficitários os recursos captados, através de empréstimos incidentes de juros. Neste contexto, as instituições financeiras são remuneradas pela diferença entre o custo de captação e a cobrança que exercem sobre os tomadores dos recursos, essa diferença denomina-se *spread*.

O mercado de crédito é imprescindível para o funcionamento da economia, pois as instituições financeiras garantem a interligação econômica entre os agentes, circulação dos recursos no mercado, financiamento do consumo e investimento com recursos captados dos agentes superavitários e, além disso, assumem o risco pelo inadimplemento dos mutuários.

Neste cenário, a atuação da instituição financeira influencia toda a sociedade na qual está inserida, de forma que se torna responsável por identificar e gerenciar os riscos sociais e ambientais inerentes às atividades ora financiadas através da disponibilidade de créditos.

2.2 IMPORTÂNCIA DA RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAL NO SISTEMA ECONÔMICO

O principal objetivo do sistema econômico capitalista é a obtenção de lucro, assim, com o avanço do capitalismo houve a reestruturação das empresas e, conseqüentemente, modificação do modelo de trabalho humano, de forma a expor uma parcela da classe trabalhadora a riscos associados à vida, saúde e segurança dentro do ambiente de trabalho. Atrelado a este avanço, a estabilização da organização do sistema bancário e de crédito contribuiu, e atualmente contribui, com o aumento da produtividade, conseqüentemente, com a multiplicação da geração de lucro.

Toda organização que realiza atividades econômicas visa a obtenção de lucros, a fim de manter o desenvolvimento, crescimento e retorno aos investidores, entretanto, é importante que a atuação das empresas para o fim de obter lucro, além de respeitar as legislações aplicáveis, atendam às necessidades socioambientais. Garantindo que as empresas atuem de forma lícita, contribuindo com questões atreladas ao ambiente e à sociedade, mas também lucrativa e que sustentem a capacidade de manter as atividades inerentes ao seu objeto social.

A ideologia de que as empresas possuem “responsabilidade social de aumentar seus lucros” ganhou força através do artigo publicado por Milton Friedman, em 1970, no *The New York Times Magazine*, através do qual favorecia a ideia de que as empresas deveriam direcionar recursos com o estrito objetivo de gerar lucro e atender as necessidades de investidores, e que o fato de destinar recursos das empresas para questões sociais e ambientais é uma forma

negativa de utilizar a arrecadação realizada através dos investidores, pois impactaria negativamente na rentabilidade das empresas. Ainda, Friedman reforça que se há o interesse de contribuir financeiramente com questões socioambientais, tal atitude deveria partir estritamente das pessoas físicas e limitado ao desejo e a renda individual de cada pessoa.

A “doutrina Friedman”, denominação para a ideia apresentada anteriormente, influenciou por um longo período na forma de agir das empresas, mas ao passar dos anos foi perdendo força e a partir dos anos 1990 a ideia predominante passa a ser de que as empresas precisam estar engajadas com questões socioambientais, tanto por questões de responsabilidade, quanto por questões de princípios, através de iniciativas ao desenvolvimento de políticas de responsabilidade socioambientais, criação de princípios, valores e processos como forma de atender às necessidades socioambientais, o que, atualmente, é considerado como um diferencial positivo e competitivo entre as empresas.

No Brasil, o constitucionalismo social constituiu-se com a promulgação da Constituição Federal do Brasil, em 1988, com a incorporação de direitos e garantias fundamentais, sendo assegurado “[...] aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988), conforme previsto no caput do Artigo 5º da Constituição Federal do Brasil. Houve, também, a intenção de prever o direito de todos ao ambiente de trabalho seguro e garantir direitos constitucionais aos trabalhadores através do previsto no Artigo 7º da Constituição Federal do Brasil, bem como direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, conforme disposto no Artigo 225 da Constituição Federal do Brasil:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público

e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Em 1992, o Estado do Rio de Janeiro foi sede da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), também conhecido como “ECO-92”, o objetivo desta conferência foi apresentar os problemas atrelados a emissão de gases poluidores, além dos dados comprovadores de que os Países mais desenvolvidos são os maiores responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente, sendo assim, apresentar a necessidade do novo modelo de desenvolvimento econômico, através do qual houvesse respeito à biodiversidade e uso sustentável de recursos naturais, por meio de iniciativas sociais desenvolvidas pelas entidades governamentais e privadas. De forma que, todas as nações e setores da economia passassem a agir de maneira mais consciente com o meio ambiente.

Da ECO-92 originaram-se a “Carta da Terra”, “Declaração de Princípios sobre as florestas”, Convenções sobre Biodiversidade, Desertificação e Mudanças Climáticas, “Agenda 21” e a “Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”. Através da “Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento” foram publicados princípios fundamentais, que devem ser observados por todos os países, a fim de ser alcançado o desenvolvimento sustentável e proteção ao meio ambiente, deste documento fica claro que, os seres humanos possuem o dever e o direito ao desenvolvimento sustentável, conforme dispõe o Princípio 1: “Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza”. (Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992, pág. 01).

Ao passar dos anos, houve diversas discussões, conferências e debates sobre as questões socioambientais, reforçando a necessidade de uma revolução em todos os setores para abordar e transformar estes temas. Em 2004, a publicação de um relatório intitulado *Who Cares Wins* (tradução livre: Ganha quem se importa) do Banco

Mundial com conjunto ao Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU) e diversas instituições financeiras trouxe ao mundo o termo *Environmental, Social and Governance* (ESG), o qual incorpora questões ambientais, sociais e de governança das organizações. Os objetivos gerais deste relatório englobam: conscientizar os envolvidos, conquistar mercados financeiros mais fortes e resistentes, incentivar a contribuição para um desenvolvimento mais sustentável e provocar as instituições financeiras para integrarem os fatores ESG no mercado de capitais. Para tal, o relatório traz 10 (dez) princípios englobando questões atreladas aos direitos humanos, direitos do trabalho, ambientais e anticorrupção, além de procedimentos a serem observados por todos os envolvidos ao mercado de capitais, sejam eles investidores, gestores de ativos, órgãos reguladores e todas as instituições que englobam o mercado de capitais.

A disseminação das questões ESG está evoluindo cada vez mais exponencialmente pelo setor privado e governamental, tanto por iniciativas voluntárias de cidadania corporativa, quanto para atender o previsto nas legislações, sendo um papel do governo desenvolver cada vez mais regulamentações sobre os aspectos que englobam questões sociais e ambientais, limitando a atuação e responsabilizando os indivíduos e empresas que causarem algum prejuízo, de forma a desestimular as práticas negativas e prejudiciais. Tal disseminação corrobora com a conscientização da população, criando outros meios de desenvolvimento e estratégias para atingir os objetivos socioambientais em todos os níveis.

Cada conceito do termo *Environmental, Social and Governance* (ESG), traduzido como Ambiental, Social e Governança, deve ser expandido a fim de englobar todas as matérias atreladas a cada tópico, de forma que as questões:

- Ambientais, englobem todas as matérias atreladas às mudanças climáticas, emissão de gases poluidores e resíduos tóxicos, aquecimento global, poluição das águas, de forma a desenvolver

mecanismos que possibilitem minimizar o impacto destes ao meio ambiente, por meio de análises concretas sobre os riscos e consequência das atividades ao meio ambiente e criando limites e responsabilizando quem, de alguma forma, causar prejuízos ao meio ambiente; e, em paralelo, alavancar o desenvolvimento de energias limpas e renováveis, além de produtos ecologicamente corretos;

- Sociais, envolvendo os direitos humanos de todos os indivíduos da sociedade, garantindo condições adequadas de trabalho, assegurando saúde e dignidade de todos os seres humanos e combatendo o trabalho infantil e análogos à escravidão, equidade salarial entre os trabalhadores, acessibilidade à educação de qualidade, além do desenvolvimento de projetos de inclusão social, apoio às comunidades e bem-estar social;
- Governança, por outro lado, está vinculada à forma de atuação das organizações públicas e privadas sobre as questões ambientais e sociais, mencionadas acima, bem como sobre a gestão de práticas anticorrupção e antissuborno, através da forma de estruturação das organizações, realização de auditorias internas e por meio de auditores independentes, transparência nas divulgações contábeis, criação de um sistema de integridade e compliance contendo procedimentos e gestão de riscos.

Atrelado a estas temáticas, temos o desenvolvimento da Agenda 2030, divulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU) com a criação dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Os ODS englobam 17 (dezessete) metas vinculadas aos principais desafios enfrentados pela população de todo o mundo, de forma a atingir, até o ano de 2030, uma mudança global em atendimento às necessidades

atreladas: à erradicação da pobreza, da fome e desnutrição em todo o mundo; garantia da produção de alimentos através da agricultura sustentável e incentivo aos pequenos produtores; redução da taxa de mortalidade em questões que podem ser evitáveis através do acesso à saúde digna; garantia à educação de qualidade, acessível e equitativa; igualdade de gênero e empoderamento das mulheres; acesso à água potável, saneamento e higiene adequados para todos os seres humanos de forma equitativa; acesso à energia e incentivo ao desenvolvimento da produção de energia limpa e renováveis; promoção de trabalho digno e equitativo, erradicação de trabalhos análogos a escravidão; desenvolvimento de crescimento econômico, industrialização, inovação e infraestrutura inclusivos e sustentáveis; inclusão social, econômica e política de forma a reduzir a desigualdade interna de um país e externa se comparado a outros países; urbanização inclusiva e sustentável; garantia de padrões de produção e consumo sustentáveis; mitigar os riscos atrelados às ações prejudiciais ao meio ambiente, reduzindo o impacto das mudanças climáticas; uso sustentável dos recursos marinhos e a conservação destes; erradicar a degradação do ecossistema terrestre, protegê-lo, recuperá-lo e promover o uso sustentável deste; promover o acesso à justiça equitativa, de forma a reduzir a violência, mortalidade, explorações, corrupção; e fortalecimento das parcerias globais para um desenvolvimento mais sustentável atrelados ao financeiro, tecnologia, capacitação, comércio e questões sistêmicas.

Sob a ótica social, um problema econômico em larga escala decorrente do sistema econômico capitalista é a escravidão contemporânea, a qual está associada à busca por obtenção de lucro. As organizações que realizam atividades econômicas visam a obtenção de lucros, assim, para atingir tal objetivo, demandam a redução dos investimentos em mão de obra para, conseqüentemente, reduzir os custos da produção. Esta atuação reflete a coisificação do trabalhador, de forma que o ser humano passa a ser visto como um bem dentro da cadeia de produção.

Neste contexto, a vulnerabilidade e carência de uma parcela da sociedade, seja pelas diferenças culturais e sociais ou pela falta de acesso à educação de qualidade, somadas à ausência de legislações efetivas e atuação das entidades governamentais para o combate à corrupção atrelada às organizações públicas e privadas vinculadas às atividades que lucram com a escravidão, favorecem a exposição das pessoas a trabalhos em condições análogas à escravidão.

A escravidão contemporânea acontece inicialmente através de uma oportunidade de emprego e por mais que, as condições que são oferecidas através destas oportunidades possam parecer suspeitas, a necessidade por itens básicos, como a alimentação, faz com que milhões de pessoas ao redor do mundo aceitem estes trabalhos. Porém, somente percebem que foram escravizados quando tentam sair destas situações e são submetidos à violência e restrições de direitos. O Código Penal Brasileiro prevê que as condições análogas à escravidão se caracterizam pela redução da dignidade, submetendo o trabalho a jornadas exaustivas, trabalho forçado, condições degradantes e restringindo a locomoção do trabalhador em decorrência do endividamento com o empregador, nos termos do caput do Artigo 149 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro).

Atualmente, no Brasil, há disponível uma ferramenta denominada “Radar SIT” por meio da qual a Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) divulga publicamente os resultados das fiscalizações de forma a incentivar e facilitar o desenvolvimento de políticas públicas e, através desta plataforma, foi divulgado o número de 1.443 (um mil e quatrocentos e quarenta e três) trabalhadores encontrados em situações análogas à escravidão por meio de fiscalizações realizadas em apenas 174 (cento e setenta e quatro) estabelecimentos, desde Janeiro de 2023 até início do mês de Junho de 2023, pela SIT.

Segundo o procurador-geral do trabalho, José de Lima Pereira, durante a audiência realizada em 29 de março de 2023, na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, as formas modernas de escravidão estão presentes em todo o território brasileiro e em diversos

segmentos de atividades econômicas, sendo que, 90% (noventa por cento) dos casos de resgate de pessoas em condições degradantes de trabalho estão ligados às flexibilizações da legislação trabalhista e a terceirização da mão de obra.

Neste contexto, os setores financeiro e bancário desempenham um papel fundamental no sistema econômico e no desenvolvimento dos países, configurando como importantes instrumentos de redução da pobreza mundial e proteção ao meio ambiente, devido ao impacto social e ambiental que as operações das instituições financeiras refletem. Portanto, é necessário a atuação das instituições financeiras para incorporar valores socioambientais como forma de análise dos riscos das atividades financiadas, a fim de fomentar as finanças sustentáveis no mercado financeiro.

2.3 GOVERNANÇA CORPORATIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E O GERENCIAMENTO DE RISCOS

O conceito de governança corporativa passou a ser abordado com a mudança da estrutura de controle e gestão das organizações que – anteriormente era intrínseco a um único grupo de pessoas, principalmente aos familiares – passa a ser dividido entre um grupo que exerce o controle e outro, a gestão das organizações modernas. Em detrimento deste modelo de organizações contemporâneo, têm-se o surgimento dos conflitos de agência, os quais estão relacionados à divergência de interesses entre os acionistas (“principais”) e os administradores (“agentes”).

Como forma de solução para os conflitos de agência, a governança corporativa é retratada como um mecanismo para alinhar os interesses de todos os envolvidos, sendo estes proprietários, acionistas, administradores e outros *stakeholders* (tradução livre: partes interessadas), por meio da criação de princípios norteadores das tomadas de decisões.

Neste diapasão, formam-se diversas entidades com o objetivo de promover o aperfeiçoamento das práticas e políticas internas das organizações públicas e privadas, de forma auxiliar a construção de um sistema da governança corporativa que garanta a transparência, confiança, integridade dos negócios, estabilidade financeira das organizações, além de promover práticas com o intuito de atender as questões socioambientais, como é o caso da *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), que se trata de uma organização internacional para cooperação e desenvolvimento econômico, a qual o Brasil é membro desde 2007 (dois mil e sete).

Um sistema robusto de governança corporativa promove diversos benefícios no longo prazo para as empresas, além de alinhar os interesses dos principais, agentes e todos os *stakeholders*, permite benefícios financeiros agregando maior valor para seus negócios, conforme consta das Recomendações da Comissão de Valores Mobiliário (CVM) sobre Governança Corporativa, publicada em Junho de 2002: “O objetivo é o aumento do valor da companhia, pois boas práticas de governança corporativa repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização”, além disso é um mecanismo de proteção “contra desvios de ativos por indivíduos que têm poder de influenciar ou tomar decisões em nome da companhia” (Comissão de Valores Mobiliários, 2002, pág. 1).

A definição da identidade da organização combinada com os objetivos, metas e os limites éticos são uma forma de promover a “coerência entre o pensar, o falar e o agir e, conseqüentemente, a reputação da organização, com reflexos sobre a sua cultura” (Instituto Brasileiro de Governança Corporativa 2015, pág.17). Neste contexto, é fundamental a elaboração do código de conduta das organizações, como veículo para o desenvolvimento do sistema de integridade e *compliance* (tradução livre: conformidade), tendo em vista que, enquanto a governança corporativa pretende evitar conflitos entre os agentes, principais e outros *stakeholders*, o programa de integridade e *compliance* pretende estabelecer práticas alinhadas com os princípios

da organização, de forma a garantir o cumprimento das normas internas por todos aqueles que tenham algum relacionamento com as atividades da organização, seja por meio de um vínculo empregatício ou não, como o caso de terceiros fornecedores, clientes, tomadores de crédito, entre outras formas de relacionamento.

Sob a ótica das instituições financeiras, a governança corporativa e sistema de integridade e *compliance* devem ser desenvolvidos de uma forma diferente das demais organizações, tendo em vista que, as atividades das instituições financeiras impactam o desenvolvimento econômico e social de toda uma sociedade, interessando grupos diversificados de partes envolvidas com as atividades das instituições financeiras, em especial os órgãos reguladores.

No Brasil, com enfoque no mercado de crédito e mercado de capitais, o Conselho Monetário Nacional (CMN) atua como órgão normativo determinando as regras necessárias para o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (SFN), e o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) como órgãos supervisores garantindo que as demais instituições integrantes do SFN cumpram as regras determinadas pelo CMN, assim por meio de atos normativos o CMN, Bacen e CVM determinam as diretrizes para o desenvolvimento das políticas de conformidade das instituições financeiras, de segurança da informação, regras quanto a estabilidade financeira e divulgação de informações contábeis, políticas de responsabilidade socioambientais, entre outras regulamentações vinculadas à governança e sistema de conformidade das instituições financeiras.

Acerca do exposto acima, têm-se a Resolução CMN nº 4.595 de 28 de agosto de 2017, por meio da qual: “regulamenta a política de conformidade (compliance) aplicável às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil” (BRASIL, 2017), conforme previsto no Artigo 1º da referida Resolução; somada à esta, a Resolução CMN nº 4.553 de 30 de janeiro de 2017, estabelece a segmentação das instituições financeiras de acordo com o porte e as atividades, a fim de aplicar proporcionalmente

a regulação prudencial, com foco no gerenciamento dos riscos de acordo com a atividade exercida por cada segmento; Resolução CMN nº 4.557 de 23 de fevereiro de 2017, conforme alterada, que dispõe sobre a política de gerenciamento dos risco e divulgação de informações; Resolução CMN nº 4.879 de 23 de dezembro de 2020 regulamentando as auditorias internas das instituições financeiras; Resolução nº 4.950 CMN de 30 de setembro de 2021 que regulamenta os critérios contábeis cabíveis às instituições financeiras; Circular Bacen nº 3.978 de 23 de janeiro de 2020, que estabelece os procedimentos e políticas necessárias à prevenção da corrupção por crimes de “lavagem” de dinheiro, ocultação de bens, direitos e valores, e o combate ao financiamento do terrorismo; além das Instruções Normativas do Bacen n.º 139 e 153, ambas de 15 de setembro de 2021, conforme alteradas, que estabelecem a divulgação e o formato padrão do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas (Relatório GRSAC).

Outrossim, a Lei nº 12.846 de 1º de agosto de 2013, também conhecida como Lei Anticorrupção, que trata sobre a responsabilização administrativa e civil das empresas para atos corruptos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira, com intuito de dirimir que as organizações privadas estejam envolvidas em esquemas de corrupção, contemplando, assim, regras sobre práticas ligadas à governança corporativa, bem como a Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998, que regulamenta sobre os crimes vinculados a ocultação e dissimulação da natureza de bens, direitos e valores, também conhecidos como crimes de “lavagem de dinheiro” e a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), que tem como objetivo regulamentar o tratamento dos dados pessoais realizado por pessoas físicas ou jurídicas.

Consequentemente, em face da atuação efetiva dos órgãos reguladores do mercado de crédito e de capitais por meio da regulamentação e fiscalização, as instituições financeiras passam a desenvolver um sistema mais robusto de governança corporativa e sistema de integridade e *compliance*, pois além dos interesses internos,

devem atender os requisitos dos atos normativos publicados pelo CMN, Bacen e CVM.

Com foco nas questões socioambientais, a Resolução nº 4.945 de 15 de setembro de 2021, do Conselho Monetário Nacional (que revogou a Resolução CMN nº 4.327, de 25 de abril de 2014), prevê a implementação da Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC), que, conforme caput do Artigo 3º da referida Resolução:

[...] consiste no conjunto de princípios e diretrizes de natureza social, de natureza ambiental e de natureza climática a ser observado pela instituição na condução dos seus negócios, das suas atividades e dos seus processos, bem como na sua relação com as partes interessadas (Conselho Monetário Nacional, 2021).

Por meio desta, as instituições financeiras deverão, dentre outras obrigações, analisar o impacto social e ambiental dos produtos e serviços fornecidos, bem como realizar monitoramento contínuo das atividades a fim de verificar a conformidade com a PRSAC implementado. Atrelado a este ponto, a Resolução CMN nº 4.557/2017, conforme alterada, traz a obrigatoriedade ao gerenciamento contínuo e integrado dos riscos, englobando riscos sociais, ambientais e climáticos, nos termos dos incisos VI, VII e VIII do Artigo 6º.

Sob a ótica dos riscos socioambientais, para concessão de créditos, as instituições financeiras deverão realizar procedimentos para análise prévia dos riscos atrelados a operação, mediante coleta de documentações e informações inerentes à atividade a ser financiada e à contraparte⁴¹, definir indicadores para classificação periódica da contraparte, monitorar a possibilidade de impacto da qualidade creditícia da contraparte, suficiência de garantias, conforme Artigo 38-E e Artigo 21 e seguintes da Resolução CMN nº 4.557/2017, ainda,

41 O conceito de contraparte encontra-se definido no §1º do Artigo 21, da Resolução CMN nº 4.557/2017, como sendo “a) tomador de recursos; b) garantidor; c) emissor de título ou valor mobiliário adquirido; d) usuário final perante o emissor de instrumento de pagamento pós-pago; e) o emissor perante o credenciador de instrumento de pagamento; e f) a instituição devedora de outra instituição decorrente de acordo de interoperabilidade entre diferentes arranjos de pagamento”.

instituir políticas e procedimentos a fim de mitigar riscos operacionais, inclusive aqueles vinculados às “práticas inadequadas relativas a usuários finais, clientes, produtos e serviços”, nos termos inciso IV do §2º do Artigo 32 da Resolução CMN nº 4.557/2017.

Neste contexto, sendo a instituição financeira responsável por garantir que as atividades financiadas também estejam em conformidade com os valores socioambientais, têm-se como recurso a realização de *due diligence* (tradução livre: diligência prévia) da contraparte, antes da concessão de créditos, por meio da avaliação da atividade a ser financiada, do histórico da empresa em questões cíveis, trabalhistas, ambientais, criminais e fiscais, bem como se a empresa possui todas as licenças necessárias para execução de suas atividades, a fim de verificar se a atividade e a organização a ser financiada é idônea e atendem os valores socioambientais, mitigando os riscos relacionadas às atividades exercidas pelos tomadores de créditos e outras partes relacionadas aos contratos de concessão de crédito. Ainda, é de extrema importância a realização de auditorias periódicas até o final do prazo de vigência destes contratos, a fim de garantir a continuidade do cumprimento às responsabilidades socioambientais.

Ante o exposto, as instituições financeiras, além de cumprir seu dever de responsabilidade socioambiental por meio do desenvolvimento de um sistema robusto de governança corporativa, integridade e *compliance* e políticas internas que incorporem valores socioambientais, cabe, como financiadora de diversas atividades disponíveis no mercado, instituir procedimentos de gerenciamento de riscos atrelados às questões socioambientais a fim de garantir que os recursos disponibilizados e, conseqüentemente, a remuneração que receber através da concessão de créditos, decorram de atividades e organizações lícitas e que atendam os valores socioambientais.

2.4 OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS EM ATENÇÃO ÀS RESPONSABILIDADES SOCIOAMBIENTAIS

As operações de intermediação de recursos monetários, realizadas pelas instituições financeiras bancárias, são de extrema relevância para a sociedade, portanto, o ordenamento jurídico regulamenta o mecanismo destas operações através dos “contratos bancários”.

O desenvolvimento destes contratos deve observar os princípios gerais dos contratos, sendo estes: boa-fé objetiva, equilíbrio econômico, *pacta sunt servanda* (obrigatoriedade ao cumprimento dos contratos), da relatividade, função social do contrato e da autonomia de vontade.

Importante ressaltar o conceito do princípio da função social do contrato, o qual consiste em abordar os reflexos daquilo que foi pactuado entre os contratantes e que possam recair sobre terceiros não envolvidos no contrato, tendo em vista que embora haja a liberdade contratual, esta deve limitar-se para não prejudicar terceiros não envolvidos. Este princípio, expandido para atender as necessidades modernas da sociedade, passa a abordar a função socioambiental dos contratos, de forma que, é dever das partes contratantes, ao exercerem a liberdade de contratação, estarem em concordância com as questões sociais e ambientais, portanto, os objetos e as atividades vinculadas aos contratos, bem como as cláusulas contratuais devem atender aos interesses sociais e ambientais da coletividade, de forma a não lesionar e promover lesão, além de atuar de forma preventiva e protegendo os direitos sociais e ambientais.

Neste contexto, por meio do princípio da autonomia da vontade, boa-fé objetiva e função socioambiental do contrato, cabe às partes contratantes incluírem cláusulas de responsabilidade socioambiental nos contratos, englobando tanto os direitos sociais, em atenção às legislações trabalhistas, quanto àquelas de proteção ao meio ambiente, às legislações ambientais, obrigatoriedade da emissão das licenças necessárias à execução das atividades vinculadas ao objeto do contrato, declarações de responsabilidades sobre os danos

eventualmente causados, além da inclusão de cláusulas atreladas à governança corporativa, englobando os princípios das partes contratantes, disposições anticorrupção e proteção de dados.

O descumprimento destas obrigações, mesmo que não haja mora ou inadimplemento absoluto do contrato, caracteriza-se pela violação positiva das obrigações pactuadas, ofendendo a boa-fé objetiva e, portanto, caracterizando o inadimplemento do contrato. Nesta perspectiva, é entendimento do Conselho de Justiça Federal, através do Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil, que: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”

Portanto, utilizando-se da autonomia da vontade, as partes contratantes podem estipular multas pelo descumprimento das obrigações socioambientais, até mesmo pactuar a hipótese de vencimento antecipado da dívida, conforme cabível aos elementos objetivos e subjetivos da contratação. Nesta linha, o vencimento antecipado tem como intuito o equilíbrio da relação negocial, autorizando ao credor a exigibilidade das obrigações remanescentes diante do inadimplemento pelo devedor, cabendo esclarecer que as hipóteses previstas no Artigo 333⁴² da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro) não são exaustivas, assim, podendo ser pactuadas outras hipóteses de vencimento antecipado.

Nesta conjuntura, as instituições financeiras bancárias – além da realização de diligência prévia quanto às partes e atividades de terceiros envolvidos em cada operação bancária – como forma de fazer cumprir as obrigações sociais e ambientais atreladas aos contratos bancários, devem obrigar as contrapartes a estarem idôneas, realizando atividades líticas, em conformidade com os princípios da

42 O Artigo 333 da Lei nº 10.406/2002 dispõe que: “Ao credor assistirá o direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código: I - no caso de falência do devedor, ou de concurso de credores; II - se os bens, hipotecados ou empenhados, forem penhorados em execução por outro credor; III - se cessarem, ou se se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las”.

organização, direitos sociais, legislação trabalhista e ambiental, e condicionar o descumprimento destas obrigações à aplicabilidade de multas contratuais e ao vencimento antecipado da dívida, de forma a incentivar a atenção às questões socioambientais, bem como proteger o crédito ora concedido.

2.5 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS DE RESPONSABILIDADE SOCIOAMBIENTAIS

A responsabilidade está ligada à exposição de circunstâncias objetivas e subjetivas vinculadas a situações de fato em que as partes estão, de algum modo, envolvidas. Por meio da ação, omissão ou exposição ao risco⁴³, cria-se relação jurídica entre o lesado e a quem se impõe o dever de ressarcimento dos prejuízos causados (função reparadora da sanção civil), e podendo esta ser cumulada à sanção puramente punitiva (sanção penal).

Importante salientar, que a responsabilidade civil prevista no Código Civil (Lei nº 10.406/2002) diverge daquela encontrada no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e, por mais que o entendimento constante do enunciado da Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que as instituições financeiras estariam enquadradas às regras previstas no Código de Defesa do Consumidor, quando ausente a relação de consumo em negócios vinculados às instituições financeiras, as regras previstas no Código Civil são aplicáveis.

Sob este enfoque, o parágrafo único do Artigo 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro), traz o conceito de responsabilidade objetiva pelas atividades que impliquem algum risco: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente

43 Considera-se risco a probabilidade da ocorrência de perigo (caracterizado como a probabilidade de ocorrência de dano) por meio das circunstâncias que pessoas e/ou bens jurídicos estão inseridos.

desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

No cenário da responsabilidade extranegocial, tende-se a substituição da responsabilidade embasada na culpa (responsabilidade subjetiva) pela responsabilidade embasada no risco (responsabilidade objetiva). Os princípios que cercam o entendimento da responsabilidade sem culpa aludam ao princípio da prevenção (que impõe o dever de evitar que a conduta própria advenha lesão ao outro), princípio da solidariedade (que reputam a assunção dos resultados pela atuação), princípio do interesse ativo (por meio do qual aquele que obtém vantagem sobre alguma atividade, deve igualmente arcar com as consequências) e o princípio do risco (através deste o dever de reparar está vinculado à criação de situações de perigo, que podem ser evitados por meio da prudência a habilidade).

É inerente à discussão da responsabilidade civil a existência do nexo de causalidade entre a ação ou a inação e o dano sofrido, tendo em vista que a simples existência do dano, não é suficiente para gerar o dever de indenizar, sendo necessário identificar se o dano é decorrente do fato que resultou a lesão e o efeito deste, conforme Marcelo Benacchio (2015, p. 211):

A solução é que esse juízo, ainda que feito *ex post*, deve ser realizado por meio de uma abstração que deve considerar o momento da prática do fato e, a partir disso, verificar se os prejuízos que ocorreram eram prováveis consequências daquele, faz-se, desse modo, um *prognóstico a posteriori*.

A fixação de critérios para identificação do nexo de causalidade é abordada por diversas teorias, em consonância à equivalência das condições, à causalidade adequada (ação ou inação abstratamente conveniente à produção da lesão) e à causalidade direta (ação ou inação concretamente vinculada à produção da lesão). Insta mencionar, que no caso da responsabilidade civil subjetiva, o exame acerca

da causalidade não tem relação com o conceito de culpa, portanto, havendo situações em que há a participação devido o desdobramento da causalidade, mas não há o dever de reparação por conta não reconhecimento do vínculo da causa, decorrente de determinada ação ou omissão, com o ato lesivo.

Acerca do exposto acima, as atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras não implicam, por sua natureza, riscos. Sendo assim, enquadrar a responsabilidade civil destas instituições como objetiva seria um conceito equivocado. Ressaltando-se que, sob a ótica da função socioambiental dos contratos e do princípio da boa-fé, as instituições financeiras realizam a distribuição de crédito a pessoas físicas e jurídicas, e que as atividades desenvolvidas pelos tomadores de crédito podem estar classificadas como de elevado risco por sua natureza, ou implicarem danos a terceiros.

Neste diapasão, observa-se uma distância entre a atuação da instituição financeira por meio de diligência para identificação e gerenciamento de riscos atrelados às contrapartes e suas atividades, e a atuação de má-fé da contraparte. Conforme já abordado anteriormente, é de suma importância que as instituições financeiras realizem diligência prévia sobre as contrapartes e as atividades exercidas por estas, além de uma estrutura robusta de gerenciamento de riscos, sendo estes riscos atrelados ao crédito, sociais, ambientais e outros. Pois, devido a importância da atuação das instituições financeiras para a sociedade e o sistema econômico, cabe além de cumprir as diretrizes do CMN, criar um sistema de condutas voltadas a melhor aplicabilidade dos recursos disponibilizados.

Portanto, sob a ótica da responsabilidade civil subjetiva das instituições financeiras, é necessária a análise quanto a exposição ao risco que as instituições financeiras optaram a estarem inseridas, em cada situação de fato. Uma vez que houve a eficaz diligência prévia da contraparte e suas atividades e como resultado foi reconhecido o elevado risco para determinada operação, mas, mesmo assim, a instituição financeira optar por conceder o crédito para a contraparte, de fato, a instituição está se expondo ao risco da atividade. Como forma

de exemplificar o conceito, em situações que a instituição financeira identificou que determinada empresa já foi condenada por submeter seus funcionários a situações de trabalho análogas à escravidão e, mesmo assim, conceder o crédito para financiamento das atividades desta empresa, a instituição financeira está se colocando em situação de risco nesta operação, devendo, portanto, ser responsabilizada civilmente em caso de lesões por meio das atividades da empresa financiada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade socioambiental das instituições financeiras está atrelada ao dever de incorporar valores sociais e ambientais aos critérios de governança corporativa, código de ética, princípios e valores das instituições, como mecanismos para afastar a possibilidade de ocorrências contrárias a estes valores tanto por fatores internos vinculados ao negócio desempenhado pela instituição enquanto uma organização como qualquer outra, quanto aos fatores externos.

No caso das instituições financeiras, os fatores externos merecem atenção pois estas desempenham um importante papel para o funcionamento da economia e desenvolvimento de um país, devido ao impacto social e ambiental que as operações das instituições financeiras refletem, sendo um importante recurso para fomentação das finanças sustentáveis no mercado financeiro. Portanto, para atingirem o dever de responsabilidade socioambiental, não basta a implementação de um robusto sistema de governança, *compliance* e desenvolvimento de políticas socioambientais internas da instituição, é necessário, também, garantir que atividades financiadas também estejam em conformidade com estes valores, por meio da realização de *due diligence* da contraparte e das atividades desempenhadas pela contraparte, analisando o histórico destas e se possuem todas as autorizações dos órgãos reguladores e fiscalizadores para desempenho das atividades, garantindo que o recurso disponibilizado será utilizado

para práticas lícitas e em conformidade com valores sociais e ambientais.

Por conseguinte, o Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução CMN nº 4.557 de 23 de fevereiro de 2017 (conforme alterada) e da Resolução nº 4.945 de 15 de setembro de 2021 (que revogou a Resolução CMN nº 4.327, de 25 de abril de 2014), prevê tanto o gerenciamento de riscos atrelados a fatores sociais, ambientais e climáticos, quanto a implementação da Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC) englobando diretrizes para condução de seus negócios e relacionamento.

Em complemento – tendo em vista que os contratos bancários são pautados pela função socioambiental dos contratos, autonomia da vontade e boa-fé – como forma de garantir o cumprimento das obrigações sociais e ambientais atreladas às operações se faz necessária a inclusão de cláusulas penais condicionantes ao descumprimento das obrigações de natureza sociais e ambientais, como forma de desestimular o inadimplemento e proteger o crédito concedido, por meio da aplicabilidade de multas contratuais e, até mesmo, cabendo a hipótese de vencimento antecipado da dívida, conforme acordado.

Ainda, como forma de mitigar tais inadimplementos, a realização de auditorias periódicas até o final do prazo de vigência destes contratos, se torna imprescindível, para garantir a continuidade do cumprimento às responsabilidades socioambientais apuradas no momento da diligência prévia e da formalização do contrato.

Dando seguimento, para análise quanto ao limite da responsabilidade da instituição financeira perante o favorecimento das práticas ilícitas ou nocivas desempenhadas pelas contrapartes, como ocorre através da concessão do crédito, deve ser abordada a responsabilidade civil subjetiva das instituições financeiras, por meio da análise quanto aonexo de causalidade e da culpabilidade vinculada a ação ou inação da instituição financeira que possa ter contribuído para a lesão aos direitos humanos, trabalhistas ou ambientais, bem como observar os limites de análise documental cabível à instituição financeira no momento da diligência prévia para concessão do crédito

e das auditorias periódicas, de forma a identificar se a instituição financeira, sabendo da atuação ilegal da empresa tomadora do crédito, mesmo assim, se expôs ao risco, visando, tanto somente, a remuneração pelo crédito e, não observando a responsabilidade socioambiental que lhe é cabível.

Portanto, cabe à instituição financeira o dever de fazer cumprir questões sociais e ambientais por meio da incorporação destes valores para a instituição, gerenciamento de riscos socioambientais e utilizar mecanismos disponíveis para mitigação a eventuais lesões a direitos relacionados às questões socioambientais, por meio da *due diligence* e adaptação dos contratos bancários para inclusão de cláusulas de responsabilidade socioambientais, além da aplicabilidade de multas e ocorrência do vencimento antecipado da dívida em caso de descumprimento.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. **Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50905/Circ_3978_v4_P.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. **Circular nº 153, de 15 de setembro de 2021**. Estabelece as tabelas padronizadas para fins da divulgação do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas (Relatório GRSAC). Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Instru%C3%A7%C3%A3o%20Normativa%20BCB&numero=153>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. **Circular nº 139, de 15 de setembro de 2021**. Dispõe sobre a divulgação do Relatório de Riscos e Oportunidades Sociais, Ambientais e Climáticas (Relatório GRSAC). Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20BCB&numero=139>>. Acesso em: 04 jun. 2023.

BARBOZA, Márcia Noll (org.). **Escravidão Contemporânea: Coletânea de Artigos**. v. 1. Brasília: Ministério Público Federal, 2017. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/132469/coletanea_de_artigos_escravidao_contemporanea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 mai. 2023.

BARRETO, Pedro. Rio-92: mundo desperta para o meio ambiente. **Desafios do Desenvolvimento**, Brasília, v.7, 56. ed., 2009. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2303:catid=28&Itemid>. Acesso em: 13 jul. 2023.

BENACCHIO, Marcelo; GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello II (org.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Responsabilidade_civil.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2023.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº 24 da I Jornada de Direito Civil. Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa. Brasília, DF: Conselho de Justiça Federal, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/670>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>. Acesso em: 20 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: <<https://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 07 jun. 2023.

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. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16385.htm#:~:text=LEI%20No%206.385%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201976&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20mercado%20de,a%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios.&text=Art%20](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1976/6385.htm#:~:text=LEI%20No%206.385%2C%20DE%207%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201976&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20mercado%20de,a%20Comiss%C3%A3o%20de%20Valores%20Mobili%C3%A1rios.&text=Art%20)>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível

em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Preservação Ambiental, um discurso de todos da Eco 92 à Rio+20**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/da-eco-92-a-rio-20/da-eco-92-a-rio-20-1>>. Acesso em: 03 jun. 2023.

CAPELA, Filipe. Apesar de parecidos, trabalho escravo e trabalho análogo à escravidão são coisas diferentes. **Jornal USP**, Ribeirão Preto, 24 abr. 2023. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/apesar-de-parecidos-trabalho-escravo-e-trabalho-analogo-a-escravidao-sao-coisas-diferentes/>>. Acesso em: 08 jul. 2023.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Mercado de valores mobiliários brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Comissão de Valores Mobiliários, 2019.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações da CVM sobre Governança Corporativa**. Comissão de Valores Mobiliários, 2002. Disponível em: <<https://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/decisooes/anexos/0001/3935.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2023.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução CMN nº 4.595, de 28 de agosto de 2017**. Dispõe sobre a política de conformidade (compliance) das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em:

<https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50427/Res_4595_v1_O.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2023.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução CMN nº 4.557, de 23 de fevereiro de 2017**. Dispõe sobre a estrutura de gerenciamento de riscos, a estrutura de gerenciamento de capital e a política de divulgação de informações. Disponível em: <https://normativos.bcb.gov.br/Lists/Normativos/Attachments/50344/Res_4557_v7_P.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2023.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução CMN nº 4.879, de 13 de dezembro de 2020**. Dispõe sobre a atividade de auditoria interna nas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Resolu%C3%A7%C3%A3o%20CMN&numero=4879>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução CMN nº 4.950, de 30 de setembro de 2021**. Dispõe sobre os critérios contábeis aplicáveis às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na elaboração dos documentos contábeis consolidados do conglomerado prudencial. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=RESOLU%C3%87%C3%83O%20CMN&numero=4950>>. Acesso em: 04 jun. 2023.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. **Resolução CMN nº 4.945, de 15 de setembro de 2021**. Dispõe sobre a Política de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC) e sobre as ações com vistas à sua efetividade. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=RESOLU%C3%87%C3%83O%20CMN&numero=4945>>. Acesso em: 04 jun. 2023.

ESCUDE, Sergio Antonio Loureiro. Governança Corporativa e o Conselho Fiscal como Instrumento de Geração de Valor aos Acionistas.

2006. Dissertação (Mestrado em Gestão de Negócios) - Universidade Católica de Santos, Santos, 2006. Disponível em: <<https://tede.unisantos.br/bitstream/tede/487/1/sergio%20antonio%20loureiro%20escuder.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2023.

ESG: O que muda no mundo dos negócios?. Marta Camila Carneiro. Americana: TED, 27 abr. 2023. 1 vídeo (19 min). Publicado por TED. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/marta_camila_carneiro_esg_o_que_muda_no_mundo_dos_negocios>. Acesso em: 06 jun. 2023.

FEBRABAN. **Guia prático para elaboração e implementação de política de responsabilidade socioambiental**. São Paulo: FEBRABAN, 2015. Disponível em: <<https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/GUIA%20PRATICO%20PRSA.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2023.

FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits*. **The New York Times**. Nova York, Section SM, pg. 17, 1970. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>>. Acesso em: 13 jul. 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado 1: Parte geral – Obrigações Contratos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

How to combat modern slavery. Kevin Bales. TED, 29 mar. 2010. 1 vídeo (17 min). Publicado por TED. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/kevin_bales_how_to_combat_modern_slavery>. Acesso em: 10 jun. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2015. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4382648/>>

mod_resource/content/1/Livro_Codigo_Melhores_Praticas_GC.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança Corporativa**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2023. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/conhecimento/governanca-corporativa#:~:text=Governan%C3%A7a%20corporativa%20%C3%A9%20o%20sistema,controle%20e%20demais%20partes%20interessadas>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Brasília: Nações Unidas Brasil, 2023. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>>. Acesso em: 13 jun. 2023.

OLIVEIRA, José Carlos; CHALUB, Ana. **Brasil bate recorde de trabalho escravo e deputados sugerem propostas, força-tarefa e até CPI**. Câmara dos Deputados, 29 mar. 2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/949504-brasil-bate-recorde-de-trabalho-escravo-e-deputados-sugerem-propostas-forca-tarefa-e-ate-cpi/>>. Acesso em: 05 jul. 2023.

O Mercado de Valores Mobiliários. **Portal do Investidor**, 25 out. 2022. Brasil. Disponível em: <<https://www.gov.br/investidor/pt-br/investir/como-investir/conheca-o-mercado-de-capitais/o-mercado-de-valores-mobiliarios>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Revised G20/OECD Principles of Corporate Governance**. 2023. Disponível em: <<https://www.oecd.org/corporate/revised-g20-oecd-principles-corporate-governance.htm>>. Acesso em: 27 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 21**: Programa de Ação para Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: CNUMAD,

1992. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/a21_florestas.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta da Terra**. Rio de Janeiro: CNUMAD, 1992. Disponível em: <<https://antigo.mma.gov.br/educacao-ambiental/pol%C3%ADtica-nacional-de-educac%C3%A7%C3%A3o-ambiental/documentos-referenciais/item/8071-carta-da-terra.html>>. Acesso em: 05 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: CNUMAD, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<http://www.ct.ufpb.br/lacesse/contents/documentos/legislacao-internacional/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-1948.pdf/view>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário**. 4. ed. Belo Horizonte: Expert Editora Digital, 2022.

Radar Sit. **Painel de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil**. Brasil. Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/radar/>>. Acesso em: 17 jul. 2023.

SILVA, André Luiz Carvalhal da. **Governança Corporativa e Sucesso Empresarial: melhores práticas para aumentar o valor da firma**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Sobre a OCDE. **Casa Civil**, 16 jul. 2020. Brasil. Disponível em: <<https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/conselhos-e-comites/ocde/sobre-a-ocde-1/sobre-a-ocde>>. Acesso em: 15 jul. 2023.

THE GLOBAL COMPACT. **Who Cares Win**: Connecting Financial Markets to a Changing World. 2004. Disponível em: <https://www.unepfi.org/fileadmin/events/2004/stocks/who_cares_wins_global_compact_2004.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2023.

THE INVESTMENT LOGIC FOR SUSTAINABILITY. Chris McKnett. Boston: TED, 12 fev. 2014. 1 vídeo (12 min). Publicado por TED. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/chris_mcknett_the_investment_logic_for_sustainability>. Acesso em: 10 jun. 2023.

UNEP FINANCE INITIATIVE. **Princípios para Responsabilidade Bancária**. Tradução de Federação Brasileira de Bancos. Genebra: 2019. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Princ%C3%ADpios%20para%20Responsabilidade%20Banc%C3%A1ria_Documento%20orientacao.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2023.

CONSIDERAÇÕES ATUAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL EM SITUAÇÕES COTIDIANAS

Henrique Avelino Lana ⁴⁴

Resumo: O presente trabalho trata de aspectos da responsabilidade civil quanto ao seu aspecto teórico e aplicabilidade prática. Inicialmente será feita uma abordagem geral sobre a teoria da perda de uma chance e sua inserção na seara da responsabilidade civil. Após breve contextualização histórico e evolutiva, serão apresentadas algumas reflexões acerca de sua natureza jurídica, bem como de sua quantificação. A metodologia a ser utilizada é a da finalidade de pesquisa aplicada, com pesquisa exploratória, em abordagem qualitativa, por método indutivo, mediante pesquisa bibliográfica e análise de jurisprudência, toda ela especializada sobre o tema.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Danos; Perda de uma chance.

1. INTRODUÇÃO

Neste texto, se focará na teoria da perda de uma chance, a qual, do ponto de vista jurídico, é uma abordagem que reconhece a possibilidade de responsabilizar uma parte por danos causados a outra devido à negligência, conduta inadequada ou violação de deveres legais, quando a consequência dessas ações é a perda de uma oportunidade real e legítima. Essa oportunidade perdida deve ser considerada como tendo um valor substancial e a probabilidade razoável de sucesso.

A teoria da perda de uma chance permite que a parte prejudicada busque compensação por danos com base na diminuição das suas chances de alcançar um resultado favorável em uma situação específica devido à ação ou omissão negligente da parte adversa. Essa teoria é

⁴⁴ Advogado. Doutor em direito pela PUC/MG. Pós-Doutorado em Direito Empresarial.

frequentemente aplicada em casos nos quais a parte prejudicada não pode comprovar com certeza que teria obtido o resultado desejado, mas pode demonstrar que a negligência ou conduta inadequada da outra parte reduziu significativamente suas chances de sucesso.

A aplicação prática da teoria da perda de uma chance pode variar em diferentes jurisdições, e os requisitos para provar essa perda de oportunidade podem diferir. No entanto, o cerne da teoria gira em torno da ideia de que a negligência ou ato ilícito de uma parte causou uma perda concreta e mensurável de uma oportunidade legítima, justificando assim uma compensação financeira para a parte prejudicada.

A responsabilidade civil por perda de uma chance é um conceito que ganhou destaque no direito moderno. Ela diz respeito à responsabilização de um agente por causar a perda de uma oportunidade ou chance legítima de obtenção de um resultado favorável. Embora seja um tema relativamente recente, a perda de uma chance tem sido reconhecida como um dano passível de reparação. No contexto jurídico, a perda de uma chance ocorre quando alguém é privado da possibilidade de alcançar um resultado positivo em virtude da conduta negligente, imprudente ou ilícita de outro indivíduo ou empresa. Essa chance perdida pode estar relacionada a uma oportunidade de negócio, uma carreira profissional, um tratamento médico ou qualquer outra situação em que uma expectativa legítima tenha sido frustrada.

No direito moderno, reconhece-se que a perda de uma chance pode acarretar prejuízos significativos para a vítima. Embora seja difícil quantificar exatamente qual seria o resultado alcançado caso a chance não tivesse sido perdida, a jurisprudência e a doutrina têm se mostrado receptivas a indenizar a parte prejudicada com base em critérios de equidade. Dessa forma, a responsabilidade civil por perda de uma chance busca compensar a vítima pelo valor da oportunidade perdida e pela frustração causada pela conduta do responsável. No entanto, é importante ressaltar que nem toda chance perdida pode dar origem a uma ação de responsabilidade civil. A perda de uma chance

deve ser real, séria e razoavelmente esperada. Além disso, é necessário comprovar que a conduta do responsável efetivamente causou a perda da oportunidade e que essa chance tinha uma probabilidade razoável de sucesso. A aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance no direito moderno reflete a necessidade de adaptar o ordenamento jurídico às transformações sociais e econômicas. À medida em que a vida cotidiana se torna cada vez mais complexa e as expectativas se multiplicam, é essencial que o direito esteja preparado para lidar com situações em que uma chance legítima é indevidamente frustrada por ação ou omissão de terceiros.

A teoria da perda de uma chance pode ser aplicada em uma variedade de situações em que a negligência, a conduta inadequada ou a violação de deveres legais de uma parte causam a perda de uma oportunidade legítima e com probabilidade real de sucesso para outra parte.

Abaixo, cogitemos de alguns possíveis e eventuais exemplos imaginários de casos nos quais essa teoria poderia ser hipoteticamente aplicada, mas, frise-se, desde que, no caso concreto, estejam preenchidos todos os requisitos técnicos para sua aplicação.

Negligência Médica: quando um profissional de saúde não realiza um diagnóstico adequado e, como resultado, um paciente perde a chance de receber tratamento oportuno para uma condição médica grave.

Concursos e Seleções: se uma instituição responsável por um processo de seleção não adota critérios justos e transparentes, levando à exclusão injusta de um candidato altamente qualificado que tinha uma chance legítima de ser selecionado. **Responsabilidade Empresarial:** se uma empresa não cumpre um contrato ou não realiza a devida diligência na execução de um projeto, causando a perda da oportunidade de lucro para a outra parte. **Negligência na Construção:** quando um empreiteiro ou construtor não segue os padrões de segurança, causando a perda da oportunidade de concluir um projeto de construção dentro do prazo ou de acordo com as especificações. **Assessoria Jurídica:** se um advogado negligenciar a representação

de seu cliente, resultando na perda da chance de obter um resultado favorável em um processo legal. Responsabilidade Civil em Acidentes de Trânsito: se um motorista negligente causar um acidente que resulta na perda da chance de uma vítima para evitar ferimentos graves, seja evitando o acidente ou minimizando os danos. Esportes Profissionais: quando uma organização esportiva adota ações inadequadas que prejudicam a carreira de um atleta, levando à perda da chance de alcançar sucesso no esporte.

Concorrência Desleal: quando um concorrente adota práticas desleais, como difamação ou violação de direitos autorais, que resultam na perda de oportunidade de negócios para outra empresa. Em todos esses casos, a teoria da perda de uma chance permite que a parte prejudicada busque compensação com base na probabilidade real de sucesso que foi prejudicada devido à negligência ou conduta inadequada da parte adversa. A aplicação exata da teoria pode variar de acordo com as leis e jurisdições específicas. Assim, a responsabilidade civil por perda de uma chance é uma importante ferramenta do direito moderno para assegurar que a vítima seja devidamente compensada pela privação de oportunidades legítimas.

Ao reconhecer essa forma de dano e fornecer mecanismos de reparação adequados, o direito busca preservar a justiça e a equidade nas relações jurídicas, permitindo que indivíduos e empresas sejam responsabilizados por suas condutas prejudiciais e evitando a impunidade diante da perda injusta de chances valiosas.

2. A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE EM ALGUNS CASOS SIMBÓLICOS.

A teoria da perda de uma chance tem sido aplicada em diversos casos judiciais ao redor do mundo. Vejamos alguns exemplos.

Em um caso de negligência médica, um médico deixou de realizar um exame de detecção precoce em um paciente, resultando no diagnóstico tardio de uma doença grave. Como consequência, as chances de cura do paciente foram significativamente reduzidas.

O tribunal reconheceu a perda de uma chance e determinou que o médico fosse responsabilizado pelos danos causados.

No contexto esportivo, a teoria da perda de uma chance também pode ser aplicada. Por exemplo, se um atleta sofre uma lesão devido a negligência de uma equipe médica, resultando na perda da chance de participar de uma competição importante, o atleta pode buscar indenização por perda de uma chance.

Um advogado, devido à sua negligência profissional, não apresentou uma prova importante durante um processo judicial. Como resultado, a parte prejudicada perdeu a chance de obter uma decisão favorável. O tribunal reconheceu a perda de uma chance e concedeu indenização à parte prejudicada pelos danos causados pela conduta negligente do advogado.

Em uma negociação empresarial, uma das partes agiu de forma fraudulenta e rompeu as negociações sem justificativa, resultando na perda de uma oportunidade lucrativa para a outra parte. O tribunal considerou a perda de uma chance como um dano indenizável e determinou que a parte responsável pela quebra injustificada das negociações compensasse a outra parte pelos prejuízos sofridos.

Um estudante se inscreveu em um programa de bolsa de estudos e preenchia todos os requisitos para ser selecionado. No entanto, devido a um erro administrativo da instituição educacional, sua inscrição não foi considerada e ele perdeu a chance de receber a bolsa. O tribunal reconheceu a perda de uma chance e determinou que a instituição compensasse o estudante pelos danos causados pela negligência administrativa.

O profissional qualificado foi preterido em um processo de seleção para uma promoção interna em sua empresa devido a uma discriminação injustificada. Como resultado, ele perdeu a chance de avançar em sua carreira e obter benefícios financeiros e de desenvolvimento profissional. O tribunal considerou a perda de uma chance como um dano indenizável e determinou que a empresa compensasse o profissional prejudicado.

Certo corretor imobiliário negligenciou sua obrigação de informar um cliente sobre uma propriedade à venda que se enquadrava perfeitamente em seus critérios de busca. Como resultado, o cliente perdeu a chance de adquirir a propriedade e obter os benefícios financeiros associados a ela. O tribunal reconheceu a perda de uma chance e determinou que o corretor fosse responsabilizado pelos danos causados pela conduta negligente.

Específico artista teve suas obras de arte roubadas de uma galeria devido à falta de segurança adequada. Como resultado, o artista perdeu a chance de expor e vender suas obras, privando-o de ganhos financeiros e reconhecimento artístico. O tribunal reconheceu a perda de uma chance e determinou que a galeria fosse responsabilizada pelos danos causados pela falta de segurança.

O atleta profissional estava se preparando para participar de uma competição de alto nível. No entanto, devido a um erro logístico por parte de sua equipe de suporte, ele perdeu a oportunidade de comparecer à competição, resultando na perda de uma chance de alcançar um resultado favorável e ganhos financeiros associados. O tribunal reconheceu a perda de uma chance e determinou que a equipe de suporte fosse responsabilizada pelos danos causados pela negligência.

Certa empresa estava negociando um contrato lucrativo com um cliente em potencial. No entanto, um funcionário negligente da empresa cometeu um erro durante as negociações, o que levou à quebra das negociações e à perda da oportunidade de fechar o negócio. O tribunal considerou a perda de uma chance como um dano indenizável e determinou que a empresa fosse responsabilizada pelo erro cometido pelo funcionário.

Dado desenvolvedor de software estava prestes a lançar um novo produto inovador no mercado. No entanto, devido a uma violação de propriedade intelectual por parte de uma empresa concorrente, o lançamento do produto foi prejudicado, resultando na perda da chance de obter uma posição de destaque no mercado. O tribunal reconheceu a perda de uma chance e determinou que a empresa concorrente fosse

responsabilizada pela violação de propriedade intelectual e pelos danos causados.

Certo consultor financeiro negligente forneceu informações imprecisas a um investidor, levando-o a tomar decisões financeiras desfavoráveis. Como resultado, o investidor perdeu a oportunidade de obter retornos favoráveis e sofreu prejuízos financeiros. O tribunal considerou a perda de uma chance como um dano indenizável e determinou que o consultor financeiro fosse responsabilizado pela negligência e pelos danos causados.

Esses exemplos adicionais demonstram como a teoria da perda de uma chance pode ser aplicada em diferentes cenários jurídicos. Cada caso envolve uma oportunidade legítima que foi prejudicada por condutas negligentes, imprudentes ou ilícitas de terceiros, resultando em danos indiretos. A responsabilidade civil pela perda de uma chance visa compensar a parte prejudicada pelos danos sofridos devido à privação da oportunidade. Em cada caso, a perda de uma oportunidade legítima resulta em danos que podem ser objeto de compensação, desde que seja possível estabelecer uma relação de causalidade entre a conduta negligente ou ilícita e a perda efetiva da chance.

Não se almeja esgotar o tema, mas suscitar questões que pareçam demonstrar que o assunto é mesmo muito instigante e merecedor de aprofundamento doutrinário e jurisprudencial cada vez maior.

A responsabilidade civil tem por finalidade primordial, dentre outras, a indenização dos danos injustos e apresenta-se em contínua evolução, de modo a acompanhar as mudanças sociais. Os tribunais vêm se deparando com casos em que o proponente teve retirada uma chance que possuía de auferir determinada vantagem ou de evitar um prejuízo. A subtração da chance tem como consequência um dano definitivo, o qual poderia não ter ocorrido se não fosse a conduta do ofensor. Nestes casos, em princípio, a aplicação literal dos pressupostos clássicos da responsabilidade civil não tutelaria o dano sofrido pela vítima, haja vista a ausência denexo de causalidade entre a conduta culpável e o dano final.

Por outro lado, a doutrina da perda de uma chance, criada pela jurisprudência francesa, proporciona outra solução. Ao que se nota, a teoria da perda de uma chance é exposta de forma superficial pela maior parte da doutrina clássica, embora venha sendo objeto de maior estudo recentemente, principalmente após o exame do problema em vários casos concretos pelo Superior Tribunal de Justiça.

As reflexões a seguir abordarão a perda de uma chance no âmbito da responsabilidade subjetiva, decorrente de condutas havidas com negligência, imprudência ou imperícia, não tendo por escopo, desta forma, analisar a aplicabilidade da teoria nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito moderno desempenha um papel importante na busca por uma maior justiça e equidade nas relações jurídicas. A evolução da sociedade trouxe consigo uma maior valorização das oportunidades e expectativas legítimas das pessoas, levando à necessidade de proteger essas chances contra condutas negligentes ou ilícitas que possam resultar em sua perda.

Um aspecto relevante da responsabilidade civil por perda de uma chance é que ela reconhece a importância do elemento probabilístico. Em muitos casos, a chance perdida não garante um resultado certo, mas apresenta uma probabilidade razoável de sucesso. Nesse sentido, a responsabilidade civil por perda de uma chance considera não apenas o resultado final, mas também a própria oportunidade em si como algo valioso, que merece proteção e compensação quando indevidamente privada. Essa abordagem encontra respaldo nas mudanças do ambiente socioeconômico, onde as oportunidades de negócio, carreira e desenvolvimento pessoal são cada vez mais valorizadas. A sociedade moderna busca um sistema jurídico que não apenas puna as condutas danosas, mas também repare as perdas e permita que as vítimas se recuperem de forma justa e adequada.

No entanto, é importante considerar que a responsabilidade civil por perda de uma chance não deve ser utilizada como uma forma indiscriminada de atribuir danos a qualquer oportunidade perdida. É

necessário estabelecer critérios claros e razoáveis para determinar a viabilidade e a probabilidade da chance perdida, evitando que ações judiciais sejam baseadas em meras expectativas ou conjecturas.

Além disso, é fundamental que o direito continue acompanhando o avanço tecnológico e as transformações da sociedade para abordar de maneira adequada as novas formas de oportunidades e chances que surgem. À medida que a digitalização e a inteligência artificial se tornam cada vez mais presentes, novas questões relacionadas à perda de chances digitais e oportunidades tecnológicas podem surgir, exigindo uma adaptação constante do sistema jurídico.

A responsabilidade civil por perda de uma chance é um instrumento valioso no direito moderno para proteger as oportunidades e expectativas legítimas das pessoas. Ao reconhecer a importância das chances perdidas e fornecer mecanismos para a compensação, o direito busca promover uma sociedade mais justa, onde as pessoas possam confiar que suas oportunidades serão protegidas e que, quando indevidamente privadas delas, serão adequadamente reparadas.

A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito moderno reflete uma abordagem mais sensível e inclusiva em relação aos danos causados. Tradicionalmente, o sistema jurídico se concentrava nos danos efetivamente sofridos, ou seja, na reparação do prejuízo material ou físico já ocorrido. No entanto, com o surgimento da perda de uma chance como um dano indenizável, o direito reconhece que as oportunidades perdidas também têm um valor intrínseco e merecem proteção.

Esse reconhecimento é especialmente relevante em áreas em que as chances de obter um resultado favorável são incertas, mas reais. Por exemplo, no campo médico, um profissional negligente que priva um paciente de uma oportunidade de diagnóstico precoce pode ser responsabilizado pela perda dessa chance. Embora não seja possível afirmar com certeza se o diagnóstico teria levado a um tratamento bem-sucedido, a perda da oportunidade de um prognóstico mais favorável é considerada um dano indenizável. Além disso, a responsabilidade civil por perda de uma chance desempenha um papel importante na

promoção da ética e da conduta adequada por parte dos profissionais e empresas. Sabendo que podem ser responsabilizados pela perda de oportunidades legítimas de seus clientes ou parceiros, os agentes econômicos são incentivados a agir de forma diligente, responsável e em conformidade com os padrões éticos e legais.

A aplicação da responsabilidade civil por perda de uma chance requer cautela e uma análise rigorosa dos elementos envolvidos. É necessário estabelecer critérios claros para determinar se uma chance legítima foi realmente perdida e se a conduta do responsável foi a causa determinante dessa perda. Isso evita que casos sem fundamentação sólida sobrecarreguem o sistema jurídico e preserva a integridade do instituto da perda de uma chance.

A evolução da sociedade moderna, marcada pela crescente complexidade das relações e pelo avanço tecnológico, também implica em novos desafios no campo da responsabilidade civil. Com o desenvolvimento de novas tecnologias, como a inteligência artificial e a automação, podem surgir situações em que a perda de uma chance digital ou a privação de oportunidades relacionadas ao uso de algoritmos sejam passíveis de responsabilização. Nesse sentido, é necessário que o direito acompanhe essas mudanças e se adapte para fornecer soluções adequadas. A responsabilidade civil por perda de uma chance no direito moderno é uma importante ferramenta para garantir a justiça e a equidade nas relações jurídicas. Ao reconhecer a importância das oportunidades perdidas e permitir a reparação adequada, o direito busca proteger os direitos e as expectativas das pessoas em um ambiente cada vez mais complexo. No entanto, é essencial que a aplicação desse instituto seja feita de maneira criteriosa, evitando abusos e garantindo a integridade do sistema jurídico.

Sabe-se que, pela Jurisprudência, a perda de uma chance aplica-se aos casos de responsabilidade dos profissionais liberais, em especial médicos e advogados.⁴⁵ Nos últimos anos, foi crescente a

45 REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009; REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010; REsp 1210732/SC, Rel.

sua aplicação, alcançando-se situações afetas ao Direito do Trabalho e Administrativo.⁴⁶ Em princípio, sempre que o dano for certo, restará configurado o dever do agente de indenizá-lo integralmente, incluindo-se o que efetivamente se perdeu (danos emergentes) e o que se deixou de ganhar (lucros cessantes). Mas há casos em que a vítima do ato ilícito pode vir a ser privada de uma vantagem futura ou pode mesmo ser impedida de evitar um dano. Nesses casos, haverá perda de uma chance. A expressão perda de uma chance advém do francês *perte d'une chance*, que significa “perda de uma chance, de uma oportunidade”. Entende-se como chance ou oportunidade a probabilidade de se obter um benefício futuro ou se evitar um prejuízo.

Caio Mário da Silva Pereira, citando Yves Chartier sintetiza que “a reparação pela perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.” (PEREIRA, 2002, p. 42). Acerca da teoria, também leciona Sérgio Savi:

[...] hoje é possível visualizar um dano independentemente do resultado final. Se por um lado, a indenização do dano consistente na

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 15/03/2013; REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013; REsp 1335622/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 27/02/2013; EDcl no REsp 1321606/MS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013; AgRg no Ag 1106066/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 13/05/2013; AgRg nos EREsp 1335622/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/03/2014, DJe 18/03/2014; REsp 1236809/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 12/06/2014.

46 REsp 821.004/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 24/09/2010; AgRg no REsp 1220911/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/03/2011; REsp 1243022/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 09/06/2011; EREsp 1117974/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 19/12/2011; AgRg no Ag 1401354/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 02/08/2012; REsp 614.266/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 02/08/2013.

vitória perdida (na causa judicial, por exemplo), é inadmissível, ante a incerteza que lhe é inerente, por outro lado, não há como negar a existência de uma possibilidade de vitória, antes da ocorrência do fato danoso. Em relação à exclusão da responsabilidade de vitória poderá, frise-se dependendo do caso concreto, existir um dano jurídico certo e passível de indenização. (SAVI, 2006, p. 3)

É certo que a vantagem que não se concretizou, mas que poderia ter-se concretizado, é aleatória. Deverá, porém, ser indenizada a probabilidade que existia de essa vantagem se concretizar, ou seja, a chance perdida, já que esta, sim, era certa. Quando se perde uma chance, existe uma certeza que embasa a sua reparação, qual seja, a de que seria provável se alcançar o resultado final. Há incerteza no prejuízo e certeza na probabilidade. É possível dizer que os elementos que caracterizam a perda de uma chance são a conduta do agente; um resultado que se perdeu, o qual pode ser caracterizado como dano, bem como o nexo causal entre a conduta culpável e as chances que se perderam.

Como se nota, para a responsabilização pela perda de uma chance, devem estar presentes elementos básicos da responsabilidade civil. Contudo, o dano e o nexo causal são analisados por uma nova perspectiva, pois, neste caso, trata-se de uma chance perdida, que não pode em hipótese alguma ser meramente hipotética. Um bom exemplo é dado por Rafael Peteffi (2009, p. 10), em que cita o caso de um famoso peão que foi impedido de participar da etapa final de um rodeio, devido à falta de pagamento da respectiva inscrição no evento, que deveria ter sido realizada por seu agente. Repare-se que não se observa o nexo de causalidade necessário entre a falha do agente e a perda da vantagem esperada pelo peão, que corresponderia ao prêmio concedido ao vencedor da competição. Afinal, o peão poderia ficar sem qualquer premiação, mesmo que tivesse participado da fase final do rodeio, pois vários fatores aleatórios poderiam causar a perda da

vantagem esperada, dentre eles, por exemplo, a dificuldade da prova ou a habilidade dos outros competidores.

É preciso se averiguar quais seriam as chances de aprovação do referido peão e quais foram subtraídas de maneira culposa pelo relapso agente. Foi este cenário de probabilidade da chance perdida, que ensejou a criação de uma nova categoria de dano indenizável, quais sejam, as chances perdidas. Para a correta compreensão da teoria da perda de uma chance, assim como proposta por seus criadores, há que fazer uma breve análise de sua origem e evolução.

3. A ESSÊNCIA DESTA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL.

Sua origem se deu no Direito Francês, especificamente na seara da responsabilidade médica, em que teria havido maior estudo do tema por parte da doutrina e da jurisprudência. Em razão da maior dedicação ao assunto naquele país, passou-se a se defender a existência de uma espécie de dano diverso do resultado final, consistente na perda da possibilidade de se auferir determinada vantagem, e não pela perda da própria vantagem esperada. Seguiram-se acirrados embates doutrinários, que acabaram por influenciar as próprias cortes francesas em suas decisões, as quais, ao adotar a teoria, passaram a conceder indenizações nesse sentido. Ao que consta dos relatos, a consolidação da aplicação desse instituto tem início com decisão da Corte de Cassação em 1965.

Janaína Rosa Guimarães acertadamente cita uma das decisões, que inauguraram na jurisprudência francesa os fundamentos desta teoria, que é um exemplo de aplicação na seara médica. Trata-se de caso julgado pela 1ª Câmara da Corte de Cassação, por ocasião da reapreciação de caso julgado pela Corte de Apelação de Paris, em julho de 1964, no qual resultou na condenação de um médico ao pagamento de uma pensão, devido à verificação de falta grave. Assentou-se que o médico agiu em inobservância das técnicas da medicina, considerado desnecessário o procedimento que adotara, consistente em amputar os braços de uma criança para facilitar o parto. A Corte

francesa considerou haver um erro de diagnóstico, que redundou em tratamento inadequado. Em 1ª instância, entendeu-se que não havia como estabelecer de modo preciso o nexo de causalidade entre o erro médico e a invalidez do menor. Já a Corte de Cassação entendeu que presunções suficientemente graves, precisas e harmônicas podem conduzir à responsabilidade. O médico foi condenado ao pagamento de uma indenização de 65.000 francos, em razão de o paciente ter perdido a chance de sobreviver sem a lesão por causa do seu grave erro.

De um modo geral, a partir desse precedente, começou-se a responsabilizar os médicos que, por erro grosseiro, tiravam do paciente a chance de sobrevivência ou de cura de uma enfermidade. Dessa forma, em face da dificuldade de se afirmar que o dano se verificara por ato comissivo ou omissivo do médico, a Corte de Cassação Francesa entendeu que o prejuízo consistira na perda de uma possibilidade de cura e condenou o médico ao pagamento de indenização pela oportunidade retirada da vítima. A partir dessa nova posição, ocorreram outras decisões proferidas pela referida Corte que aplicaram a mesma teoria, consolidando-se o entendimento.

Há certo pioneirismo do ordenamento jurídico francês que, dentro da família romano-germânica, configurou-se como o sistema mais evoluído no trato da teoria da perda de uma chance.

Nesta esteira, na França, a atividade criadora dos juízes alargou o campo de aplicação deste conceito, e hoje, a perda de uma chance é observada tanto nos danos advindos de descumprimento contratual, quanto naqueles gerados pelos atos propriamente ilícitos, seja a responsabilidade subjetiva ou objetiva.

No Brasil, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, não restam mais dúvidas acerca do ampliado conceito de dano, vez que não há limitação aos tipos de danos indenizáveis, ressalvando-se tão somente a impossibilidade de reparação de danos hipotéticos, o que não é o caso da perda de uma chance. É o que se percebe da análise dos artigos 186 e 927 do Código Civil, que deixam margem a

uma larga possibilidade de reparação de danos injustos. Do art. 927⁴⁷ do Código Civil emana o princípio da reparabilidade integral, o qual acaba por reforçar a admissibilidade da perda de uma chance. O nosso atual Direito Civil decorre de um Código que, dada a amplitude de suas normas, oferece ao julgador maior liberdade de interpretação, permitindo que se levem em conta as peculiaridades de cada caso concreto. Isso possibilita uma resposta justa aos jurisdicionados, o que, evidentemente, exige do julgador maior conhecimento e responsabilidade.

O princípio da reparabilidade integral garante o equilíbrio entre dano e reparação. Desta forma, o retorno ao *status quo ante*, sempre que possível, será determinado, para que assim seja assegurado o bem estar social, que deve prevalecer, no fim das contas. A possibilidade de indenização pela perda de uma chance pode ser deduzida ainda, no ordenamento brasileiro, do art. 5º, inciso V da Constituição da República⁴⁸ (cláusula geral da responsabilidade em nossa Constituição), que dispõe ser assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Deste preceito decorre que quem causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Na citada teoria, importante destacar que não se pode deixar de indenizar alguém em razão da impossibilidade de se comprovar que o resultado final teria ocorrido. Assim, visualiza-se um dano que advém da oportunidade subtraída.

A aplicação da teoria não vai de encontro com o disposto no art. 403⁴⁹ do Código Civil, o qual afasta a possibilidade de indenização dos danos meramente hipotéticos, pois a chance passível de indenização é somente aquela que se caracterize por ser séria e real. A certeza do dano encontra-se na perda de uma chance de se obter uma vantagem

47 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

48 Art. 5º, V - É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

49 Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

ou evitar um prejuízo. Essa, sim, é objeto da indenização a ser pleiteada. Caio Mário da Silva Pereira já afirmava que a chance perdida será indenizável desde que, mais do que uma possibilidade, haja uma “probabilidade suficiente”, ou seja, a chance tem que ser séria e real (PEREIRA, 2002, p. 42). Note-se que negar a indenização pela chance perdida seria um retrocesso na evolução da responsabilidade civil, que tem hoje como fundamento os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da justiça distributiva, em consonância com os preceitos contidos na Constituição. O Superior Tribunal de Justiça julgou caso paradigmático, no qual foram aplicadas as premissas da teoria da perda de uma chance, caso este amplamente conhecido como caso do “Show do Milhão”,⁵⁰ programa apresentado por Sílvio Santos no canal SBT.

Consistia numa série de questões de múltipla-escolha, sendo que, para cada acerto, o participante acumulava um prêmio em dinheiro, até a quantia de R\$ 500.000,00. Neste momento, então, o participante teria duas opções: parar de jogar e levar o prêmio conquistado até ali, no valor de R\$ 500.000,00, ou responder a uma última questão no valor de R\$ 1.000.000,00, na qual correria o risco de perder todo o montante até aquele momento adquirido, caso errasse a chamada “pergunta do milhão”. A autora da ação participou do programa até a última etapa na qual a pergunta valeria a quantia de R\$ 1.000.000,00, e por um erro do programa ao elaborar a pergunta, acabou por desistir de oferecer a resposta, deixando o programa com a premiação que havia acumulado até então de R\$ 500.000,00.

A pergunta formulada foi a seguinte: “A Constituição reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro? Resposta: (a) 22%; (b) 2%; (c) 4%; (d) 10%. De acordo com a organização do programa, a alternativa correta seria a letra “d”. Todavia, a Constituição Federal não reserva percentual do território nacional aos povos indígenas, mas apenas se limita a reconhecer os direitos originários dos índios

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 788.459/BA, Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda., Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.

sobre “as terras que tradicionalmente ocupam”, conforme o art. 231. Neste contexto, a jogadora ajuizou ação indenizatória, pleiteando todo o valor perdido e argumentou que havia sido privada da chance de ganhar o prêmio devido à má formulação da pergunta, pois que não continha resposta correta em suas alternativas. No juízo de primeira instância, acolheu-se a teoria da responsabilidade civil pela perda da chance, condenando-se o réu ao pagamento de R\$ 500.000,00. Em segunda instância, esta decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Já o Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por decisão unânime de sua 4ª Turma, a perda da chance, acolhendo apenas em parte o recurso interposto pelo réu (SBT). Logo, ao proporcionar uma solução matemática para o impasse, entendeu o STJ que, se a questão tivesse sido formulada corretamente, a autora teria direito ao prêmio de R\$1.000.000,00, caso acertasse a resposta correta. Considerando-se que a pergunta possuía quatro alternativas, entendeu o STJ que suas chances de acerto eram de 25%, razão pela qual reduziu a condenação para o valor de apenas R\$ 125.000,00. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISAO. PERDA DA OPORTUNIDADE.

1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade.2. Recurso conhecido e, em parte, provido. **(REsp 788.459/BA, Recorrente: BF Utilidades Domésticas Ltda., Recorrido: Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 08/11/2005.)**

Ao que parece, o STJ destacou que a incerteza do acerto da questão impossibilitava a condenação do réu ao pagamento total da indenização pleiteada (lucros cessantes). O STJ reconheceu a condenação, mesmo que em parte, devido à perda da oportunidade de alcançar o resultado, e não devido à perda do resultado final. Assim, a autora possuía uma chance efetiva de ganhar o prêmio, e o ato do réu (má formulação da questão) tirou-lhe a chance de ganhar o prêmio máximo. Talvez a melhor decisão não tivesse sido a matemática, como entendeu o STJ, mas na esteira do TJBA, se a candidata chegou à última fase do programa, suas chances de acertar seriam maiores do que 25%. Isso não importa, porém. Naquele momento histórico para nossa jurisprudência, interessou muito mais a decisão acolhendo a tese da perda de uma chance, do que seu mérito em si.

É fundamental notar-se que os autores se dividem entre os que defendem o enquadramento da perda de uma chance como espécie de danos emergentes,⁵¹ os que defendem sua inserção na categoria dos lucros cessantes,^{52 53 54} os que os consideram dano estritamente moral⁵⁵ e, ainda, os que os julgam como algo intermediário entre os danos emergentes e os lucros cessantes. O enquadramento da teoria da perda de uma chance não é, pois, questão unânime na doutrina.

A que título deve ser concedida a perda de uma chance? Por dano moral ou material? E neste último caso, a título de dano emergente ou lucro cessante? Essa questão é também controversa tanto na doutrina como na jurisprudência. Em muitas oportunidades os tribunais indenizam a perda de uma

51 SAVI. Responsabilidade civil por perda de uma chance, p. 56.

52 JOSÉ DE AGUIAR DIAS. Da Responsabilidade Civil, 10 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 721.

53 J. M. CARVALHO SANTOS, Código Civil Brasileiro Interpretado, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. XXI, p. 321-322

54 SERGIO CAVALIERI FILHO. Programa de Responsabilidade Civil, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91-92

55 ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS. Dano Moral Indenizável, 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999, p. 110.

chance, ainda que não se refiram à expressão, a título de lucros cessantes; outras vezes como dano moral. [...] A jurisprudência, repita-se, ainda não firmou entendimento sobre essa questão; ora a indenização pela perda de uma chance é concedida a título de dano moral, ora a título de lucros cessantes e, o que é pior, ora pela perda da própria vantagem e não pela perda da oportunidade de obter vantagem, com o que se acaba por transformar a perda em realidade. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 77)

Nesse contexto, a comissão de Responsabilidade Civil, na V jornada de Direito Civil, promovida, pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), órgão do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovou enunciado relativo à teoria da perda de uma chance, de autoria de Rafael Peteffi da Silva, que assim dispõe:

Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de uma chance não se limita à categoria dos danos extrapatrimoniais, pois a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial, conforme as circunstâncias do caso concreto. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

Sendo assim, não obstante as válidas discussões atinentes à aplicação da teoria nos casos concretos, é possível dizer que o entendimento que vem prevalecendo é o de que a teoria da perda de uma chance não se circunscreve apenas à seara dos danos morais, pois pode, dependendo do caso concreto, também apresentar feição de dano patrimonial. Neste sentido, a ministra Nancy Andrigui, em acórdão que tratou da responsabilidade civil de advogado que, negligentemente, perdeu o prazo de recurso de apelação em favor de seu cliente, reconheceu a possibilidade de danos de natureza tanto patrimonial quanto extrapatrimonial.

PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE DE ADVOGADO PELA PERDA DO PRAZO DE APELAÇÃO. TEORIA DA PERDA DA CHANCE. APLICAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. APLICAÇÃO. - A responsabilidade do advogado na condução da defesa processual de seu cliente é de ordem contratual. Embora não responda pelo resultado, o advogado é obrigado a aplicar toda a sua diligência habitual no exercício do mandato. - Ao perder, de forma negligente, o prazo para a interposição de apelação, recurso cabível na hipótese e desejado pelo mandante, o advogado frustra as chances de êxito de seu cliente. Responde, portanto, pela perda da probabilidade de sucesso no recurso, desde que tal chance seja séria e real. Não se trata, portanto, de reparar a perda de “uma simples esperança subjetiva”, nem tampouco de conferir ao lesado a integralidade do que esperava ter caso obtivesse êxito ao usufruir plenamente de sua chance. - A perda da chance se aplica tanto aos danos materiais quanto aos danos morais. - A hipótese revela, no entanto, que os danos materiais ora pleiteados já tinham sido objeto de ações autônomas e que o dano moral não pode ser majorado por deficiência na fundamentação do recurso especial. - A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Aplicação da Súmula 7, STJ. - Não se conhece do Especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. Súmula 283, STF. Recurso Especial não conhecido. (STJ, Recurso Especial nº 1.079.185 MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, DJ em 4/8/2009.)

Note-se que a ministra Nancy Andrighi se posiciona no sentido de que a perda de uma chance poderia, além de apresentar natureza de dano patrimonial, agregar também, por vezes, natureza extrapatrimonial. Fica a reflexão: qual seria o parâmetro para que a perda de uma chance fosse enquadrada, ora como dano patrimonial, ora como dano extrapatrimonial? Rafael Peteffi (2011, p. 162) cita uma manifestação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quando julgou a demanda proposta por uma pessoa jurídica contra seu antigo advogado, tendo em vista que este havia perdido a oportunidade de recorrer de uma sentença proferida em uma reclamatória trabalhista, em face da intempestividade do recurso interposto. Consta no acórdão que “estabelecida a certeza de que houve negligência do mandatário, o nexo de causalidade, e estabelecido o resultado prejudicial, demonstrado está o dano moral, haja vista que, segundo a doutrina majoritária, o dano moral advém do próprio fato”.⁵⁶

Neste caso, o fato de a autora da citada demanda ser pessoa jurídica é importante, pois, como é sabido, apesar de atualmente ser pacífico o entendimento judicial de que as pessoas jurídicas podem sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ),⁵⁷ tal reparação só é possível em casos específicos. No caso citado, não é fácil imaginar a ocorrência de dano moral, sendo mais perceptível a existência de dano patrimonial, representado pela condenação pecuniária na demanda trabalhista, decorrente da chance perdida. Oportunamente, Rafael Peteffi se posiciona no sentido de que a natureza do “dano chance perdida” será a mesma do “dano vantagem esperada”, conforme se observa do seguinte excerto:

56 RIO DE JANEIRO. Tribunal de justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível nº 2003.001.19138, Apelante: Sebastião Carneiro da Silva, apelado: Rápido Monteiro Ltda., Rel. Des. Ferdinando Nascimento, julgado em 7-10-2003. SILVA. Responsabilidade civil pela perda de uma chance, p. 162. In: RODRIGUES JÚNIOR; MAMEDE; ROCHA (Coord.). Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa.

57 BRASIL. Superior tribunal de justiça. Súmula 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

“Dessa feita, se a vítima esperava ganhar, ao final de uma demanda judicial, 200.000 reais, a perda de uma chance evidentemente terá caráter patrimonial. Do contrário, se a vantagem esperada pela vítima fosse obter a guarda dos filhos, o dano terá caráter extrapatrimonial. Infelizmente a jurisprudência brasileira, seguindo linha bastante difundida em todos os tribunais pátrios que aplicam a teoria da perda de uma chance, não parece seguir esse raciocínio essencial.” (SILVA, 2011, p. 162).

O dano patrimonial refere-se à frustração da obtenção do resultado esperado, que consistiria num acréscimo patrimonial da vítima. Já o dano moral poderá ocorrer quando os prejuízos pela perda da oportunidade forem relativos à ofensa da pessoa humana. Assim, pode ocorrer a lesão aos dois tipos de interesses, o que acarreta a reparação da chance tanto como dano material quanto extrapatrimonial.

Repare-se também que o voto da ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial nº 1.079.185, parece ter seguido de forma clara esse raciocínio, ao prever que o autor da demanda não fazia jus à indenização por danos patrimoniais, já que o bem da vida buscado na demanda judicial patrocinada pelo réu acabou sendo alcançado em demanda posterior.

Constatada a negligência do advogado, poderiam advir daí danos materiais e morais. Os danos materiais descritos na inicial estão atrelados à necessidade de viver de aluguel e ao não recebimento das benfeitorias introduzidas no imóvel o qual foram obrigados a deixar. Como tive oportunidade de ressaltar, a indenização relativa aos aluguéis foi objeto de ação própria, transitada em julgado, não havendo recurso quanto a este ponto. A indenização por benfeitorias, como a própria autora reconhece, foi objeto de terceira ação autônoma, razão pela qual também não

pode ser incluída nesta demanda. Assim, o acórdão recorrido caminhou bem ao afastar a indenização por danos materiais. (STJ, Recurso Especial nº 1.079.185 MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 4/8/2009.)

Este julgado entendeu pela configuração dos danos morais, pois a perda do prazo recursal também teria acarretado à autora danos de natureza extrapatrimonial:

Assim, a perda do prazo recursal retirou da recorrente a chance de continuar vivendo naquela residência que, durante longo período, foi sua casa. As consequências não-patrimoniais daí advindas são muito claras. O infortúnio de perder o lar familiar e a chance de lutar por ele não se reduz a uma expressão econômica. Assim, correta a condenação do recorrido no dever de compensar este dano moral. (STJ, Recurso Especial nº 1.079.185 MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 11/11/2008, *DJ* em 4/8/2009.)

Ademais, ao que parece, pela análise de alguns outros julgados, nos casos em que não estiverem presentes os requisitos para a reparação por danos materiais advindos da chance perdida, poder-se-ia conceber a reparação por danos extrapatrimoniais, devido à simples frustração da expectativa. Todavia, a adoção de tal posicionamento poderia ensejar reparações irrestritas, de vez que tutelaria toda e qualquer oportunidade frustrada, sem se preocupar com a seriedade da chance, muito menos com a natureza da vantagem esperada. Ainda outra reflexão: se a perda da chance tiver caráter patrimonial, qual seria a natureza desse dano patrimonial? Seria dano emergente, lucros cessantes, ou seria uma nova espécie de dano autônomo? Apenas para lembrar, o dano emergente consiste na efetiva diminuição do

patrimônio da vítima, conforme dispõe o art. 402⁵⁸ do Código Civil. O prejuízo é, em tese, objetivamente identificável.

Os lucros cessantes são o que a vítima razoavelmente deixa de lucrar. É a perda do lucro esperável, dada a probabilidade objetiva de que o lucro seria o resultado do curso normal dos acontecimentos. Assim, lucros cessantes correspondem necessariamente a um ganho que ocorreria como consequência do normal. Mostra-se coerente refletir que os lucros cessantes poder-se-iam confundir com a perda da chance, já que ambos os conceitos se relacionam à frustração de uma vantagem esperada. Todavia, os lucros cessantes correspondem à lesão de um bem jurídico que razoavelmente seria incorporado ao patrimônio da vítima no futuro, caso a conduta culposa não tivesse sido praticada. Neste caso, o dano final indenizável é certo, mesmo que o dano não exista no momento contemporâneo de sua visualização. Na perda de uma chance, ao contrário, o resultado almejado é incerto, mas provável. Neste caso, o resultado final depende de diversos fatores, havendo, portanto, somente a probabilidade de que viesse a se concretizar ao final. Mostra-se pertinente refletir, portanto, que a perda de uma chance seria distinta dos lucros cessante, porque nestes há uma objetiva probabilidade de que o resultado em expectativa aconteceria, caso não ocorresse o dano. Por outro lado, em relação à perda de uma chance, a expectativa é aleatória, já que há apenas um grau de probabilidade para a obtenção da vantagem. Não há grande certeza de que o resultado aconteça. Logo, na perda de uma chance, não há a absoluta certeza do benefício, mas a mera perda da oportunidade de se auferir o benefício. Existem decisões judiciais em que se confunde a reparação pela perda de uma chance com os lucros cessantes. Veja-se:

In casu, tenho que restou comprovada de forma convincente pelos documentos de fls. 230/232-TJ que

58 **Art. 402.** Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

a apelada seria biomédica, posto que era estudante de biomedicina, sendo incabível a alegação de que à época do acidente a apelada não exercia atividade remunerada. Logo, lucros cessantes ou perda de uma chance afirmo que não se trata de mera expectativa de direito, mas sim de probabilidade objetiva de que a apelada realmente seria biomédica, pelo que devida a indenização. E nada mais justo do que considerar o piso salarial da categoria no importe de R\$ 900,00 (novecentos reais), visto que seria o provável salário obtido se a apelante estivesse efetivamente trabalhando, motivo pelo qual deve ter crédito o documento oriundo de pesquisa da internet. (TJMG - Apelação Cível 1.0040.05.037062-2/001, Rel. Des.(a) Rogério Medeiros, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/02/2009, publicação da súmula em 31/03/2009).

Há também o válido posicionamento de que a perda de uma chance seria uma subespécie de dano material emergente, não de lucros cessantes.

Haverá casos em que a perda da chance, além de causar um dano material, poderá também ser considerada um agregador do dano moral. Por outro lado, haverá casos em que apesar de não ser possível indenizar o dano material, decorrente da perda da chance, em razão da falta de requisitos necessários, será possível conceder uma indenização por danos morais em razão da frustrada expectativa. Frise-se mais uma vez: o que não se pode admitir é considerar o dano da perda da chance como sendo um dano exclusivamente moral, já que, presentes os requisitos, a perda da chance pode dar origem a um dano material, nesta hipótese como dano emergente. (SAVI, 2006, p. 56)

No caso abaixo, ocorrido no Estado do Paraná, concebeu-se a reparação pela perda da chance, como se fossem danos emergentes. Note-se:

Frise-se, até repetindo, que a indenização por perda da chance, como dito, é decorrente de dano material emergente na medida em que, quando da quebra do contrato, já havia na esfera patrimonial do autor a efetiva probabilidade de lograr êxito na exposição de arte, não se confundido, portanto, com o dano moral. (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 471.982-0. Quinta Câmara Cível. Relator Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Rogério Ribas. Julgamento: 18 de novembro de 2008.)

No caso acima, parece ter sido dado como certo algo probabilístico, já que na perda de uma chance não se indeniza a vantagem perdida, mas a chance de obtê-la. Perceba-se que se a perda de uma chance estiver sendo considerada como dano emergente ou lucro cessante, terá, então, o autor que provar, de forma inequívoca, que, não fosse fato, o resultado ter-se-ia consumado, o que, aparentemente, não será tarefa fácil. Na perda de uma chance o que se pretende identificar é a probabilidade de uma perda, não o que a vítima tenha deixado efetivamente de ganhar ou de lucrar (lucro cessante ou dano emergente), respectivamente. Aliás, se assim não fosse, a noção de chance seria absolutamente desnecessária, tendo em vista que já estaria inserida no conceito de lucro cessante ou dano emergente. No julgamento do Recurso Especial n.º 1.190.180, o Ministro Luiz Felipe Salomão entendeu que:

A teoria de perda de uma chance (*perte d'une chance*) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais

vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. **(REsp 1.190.180-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 16/11/2010.)**

Outra reflexão que se permite trazer à baila é que, a partir de uma mesma conduta do ofensor, o lesado poderia, então, pleitear a indenização por danos morais, materiais (dano emergente e lucros cessantes), além da perda da chance, o que não configuraria *bis in idem*. Afinal, sabe-se que, de um mesmo ato ilícito, podem advir resultados e danos diversos. Por outro lado, todavia, não seria absurdo defender a tese de a perda de uma chance configurar dano emergente, uma vez que a chance integra o patrimônio da vítima em seu sentido mais amplo. Nesse sentido, a perda da chance poderia se enquadrar na categoria de dano material e/ou moral, sempre na perspectiva dos danos emergentes, o que impediria, a toda evidência, que se pleiteassem danos emergentes e danos oriundos da perda de uma chance, a não ser que distintos os fundamentos. De todo modo, o tema é instigante e cada vez mais invocado pela doutrina e pela jurisprudência, merecendo maior atenção e debate mais aprofundado.

Quanto vale a perda de uma oportunidade? Inicialmente, em sede de quantificação dos danos, merecerá sempre levar em conta a vantagem esperada, apurando-se a quantia a ser reparada a partir do grau de probabilidade do resultado final que poderia ser alcançado. Logo, conseqüentemente, a indenização concedida a título de chance perdida será sempre inferior ao valor da vantagem final. O caso do Show do milhão, já citado anteriormente, é um bom exemplo, pois o STJ calculou a reparação a partir da vantagem esperada, mediante um percentual correspondente à probabilidade que o ofendido teria de sucesso, se a chance não lhe houvesse sido tolhida. O que se pode criticar, no caso, é que o simples cálculo matemático pode não ser o mais justo. Afinal, se a candidata chegara à última etapa do certame,

seguramente, suas probabilidades de acertar a resposta seriam maiores que 25%.

De todo modo, pode haver casos, em que seja impossível auferir, de imediato, quais as chances de sucesso. Acredita-se que, nesses casos, a probabilidade poderia ser analisada por meio de dados estatísticos anteriores. Por exemplo, determinar o percentual de enfermos que, com determinado tratamento, se recuperam. Seja como for, vale lembrar que, por força dos arts. 944⁵⁹ e 403⁶⁰ do Código Civil a reparação deve ser integral. Poder-se-ia cogitar, por outro lado, em arbitramento, o qual é constantemente utilizado para a apuração de danos morais. Afinal, a perda de uma chance pode também apresentar caráter extrapatrimonial. No campo patrimonial, o arbitramento pode também ser a única solução em alguns casos. Para isso, é necessário que se imagine um caso em que tenha ocorrido a perda de uma chance única e singular de obter um ganho pecuniário, sem que exista qualquer precedente ou parâmetro do qual se possa extrair a probabilidade. A fundamentação da decisão será essencial nesses casos concretos.

5. CONCLUSÃO.

Após uma abordagem geral do tema, verificou-se que se dividem doutrina e jurisprudência entre os que defendem o enquadramento da perda de uma chance como espécie de danos emergentes, lucros cessantes, ou como algo intermediário entre as duas espécies. A perda de uma chance ocorre quando alguém é privado da possibilidade concreta e razoável de obter um resultado positivo devido à conduta negligente, imprudente ou ilícita de outro indivíduo, empresa ou instituição. É importante ressaltar que a chance perdida deve ser considerada real, séria e ter uma probabilidade razoável de sucesso,

59 Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

60 Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

embora não seja necessário provar que o resultado desejado seria alcançado com certeza. A responsabilidade civil pela perda de uma chance é uma área em desenvolvimento no direito moderno. Embora sua aplicação exija uma análise cuidadosa e uma comprovação sólida dos elementos envolvidos, ela busca proporcionar uma maior proteção aos direitos e às expectativas das pessoas quando uma oportunidade valiosa é indevidamente frustrada por negligência, imprudência ou conduta ilícita de terceiros. O tema é, sem dúvida, merecedor de cautelosa análise. Por óbvio, não foi objetivo deste trabalho esgotá-lo, mas contribuir, para seu estudo.

Por outro lado, há quem defenda que seja exclusivamente dano moral, ou que possa ter natureza patrimonial. A responsabilidade civil pela perda de uma chance é um conceito jurídico que ganhou relevância nos últimos anos. Refere-se à responsabilização de um agente por causar a perda de uma oportunidade legítima de alcançar um resultado favorável. Embora seja um tema controverso, o direito moderno reconhece a possibilidade de indenizar a parte prejudicada pela privação dessa chance.

REFERÊNCIAS

ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS. **Dano Moral Indenizável**, 2 ed., São Paulo: Lejus, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 788.459/BA. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento: 08 de nov. de 2005. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 821.004/MG. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Julgamento: 19 de ago. de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.079.185/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 11 de nov. de 2008. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.190.180/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgamento: 16 de nov. de 2010. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.254.141/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 04 de dez. de 2012. Disponível em: www.stj.gov.br, acesso em: 10 de Jun. de 2013.**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.622/MG. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento: 18 de dez. de 2012. Disponível em:**

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo. Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONDIM, Glenda Gonçalves. Responsabilidade civil: teoria da perda de uma chance. **Revista dos Tribunais**, v. 94, n. 840, p. 11-36, out. 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **A reparação civil na teoria da perda de uma chance**. 2010. 187f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós Graduação em Direito, Curitiba.

GUIMARÃES, Janaína Rosa. **Perda de uma chance. Considerações acerca de uma teoria**. Revista Jus Vigilantibus. publicado em 30 de julho de 2009. Disponível em: Acesso em 01/02/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0024.08.102407-7/001**, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª Câmara Cível, julgamento em 16/05/2013, publicação da súmula em 24/05/2013. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0027.05.068375-7/001**, Relator(a): Des.(a) Alberto Henrique , 13ª Câmara Cível, julgamento em 03/07/2007, publicação da súmula em 26/07/2008. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0040.05.037062-2/001**. Relator. Des.(a) Rogério Medeiros, 14ª Câmara Cível, julgamento em 05/02/2009, publicação da súmula em 31/03/2009. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 1.0287.09.052904-4/001**, Relator(a): Des.(a) Domingos Coelho , 12ª Câmara Cível, julgamento em 14/11/2012, publicação da súmula em 26/11/2012. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0324.09.084105-1/001**, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª Câmara Cível, julgamento em 24/11/2010, publicação da súmula em 03/12/2010. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0569.08.012210-8/001**, Relator(a): Des.(a) José Marcos Vieira , 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 16/02/2011, publicação da súmula em 25/02/2011. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0699.09.095327-3/001**, Relator(a): Des.(a) Nilo Lacerda , 12ª Câmara Cível, julgamento em 31/10/2012, publicação da súmula em 12/11/2012. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2008.001.56804**, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relatora: Des. Mônica Tolledo De Oliveira, Julgado em 31/03/2009. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 7004003183370040031833**, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Ana Maria Nedel Scalzilli, Julgado em

27/09/2012. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 10 de jun. de 2013.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance**. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Comentários ao acórdão do Resp 1.104.665/RS (rel. Min. Massami Uyeda, DJ 04.08.2009). In: FRAZÃO, Ana et al. (Org). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81-102.

SILVA, Cássia Bertassone da. Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito do trabalho. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v. 24, n. 277, p. 9-21, jul. 2012.

SILVA, Rafael Peteffi da. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa**. São Paulo: Atlas, 2011.

ESTUDO INTERDISCIPLINAR ENTRE LINGUÍSTICA E DIREITO: UMA ANÁLISE DO PROCESSO COMO FENÔMENO DISCURSIVO

Isadora N. Roversi Veloso⁶¹

RESUMO: O presente capítulo objetiva explicar um estudo interdisciplinar entre linguagem e Direito, com ênfase no discurso processual que pode indicar a posição histórica, contextual, ideológica e política dos interlocutores. Ainda, busca-se demonstrar o que cada concepção de processo é capaz de apontar, como exemplo, tem-se a teoria do processo como relação jurídica que exacerba a figura de um juiz salomônico. Para tanto, usou-se o método lógico-dedutivo com amplo levantamento bibliográfico, todo ele especializado.

Palavras chaves: Processo; Discurso; Linguagem; Direito

INTRODUÇÃO

Ao que se nota, o estudo da linguagem é de suma importância para o estudante do Direito, pois todo o exercício do Direito se materializa por meio desta.

Contudo, o estudo da linguagem jurídica não tem destaque entre os acadêmicos jurídicos e outros operadores do Direito, talvez por não haver reconhecimento da sua importância.

Assim, pretende-se demonstrar nesse capítulo o quanto o estudo da linguagem no Direito é instigante e impossível seria almejar esgotá-lo nestas linhas construtivamente escritas.

Nessa conjectura, cumpre salientar que a temática do presente capítulo é uma proposta que ganha força com os ensinamentos do

61 Advogada; Pós graduanda em Linguagem Jurídica pela UFMG; Graduada em Direito pela PUC-MG; foi pesquisadora bolsista em projeto de iniciação científica pela FAPEMIG/CNPQ. Email: isanatiellerv@hotmail.com; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6365465177137908>

historiador Harari (2019) acerca do sucesso da espécie humana *homo sapiens* estar ligado intimamente com a sua linguagem única.

Sabe-se que todo animal tem uma forma de linguagem, mas o que faz da linguagem humana tão especial é sua capacidade de partilhar informações que colaboram para um sistema de cooperação, essencial a sobrevivência. Nesse sistema de cooperação social, surge o Direito na sua forma mais rudimentar que ao longo dos anos foi aprimorando-se até chegar no estágio atual.

Inclusive é interessante indagar: Papagaio fala, assim como Albert Einstein podia falar, mas papagaio é capaz de estruturar um ordenamento jurídico que se manifesta nas diversas relações que este possa estabelecer? Parece que a resposta é um não bem obvio, né?!

Para que seja possível atingir os fins que se propõe no presente trabalho, faça-se necessário a divisão em duas partes fundamentais para o desenvolvimento, quais sejam: a) Direito e linguagem; b) uma análise sobre discurso e concepções de processo.

Assim, pretende-se, inicialmente, fazer um estudo interdisciplinar entre Direito e linguagem para entender conceitos iniciais sobre, linguística, língua, linguagem e discurso.

Posteriormente, será importante analisar, o processo enquanto um fenômeno discursivo, fazendo uma análise das principais teorias que buscam entender a natureza jurídica de processo, e como uma análise discursiva dos teóricos podem indicar contextos históricos, sociais e políticos.

Para tanto, será utilizado o método logico-dedutivo com amplo levantamento bibliográfico especializado sobre o tema. Assim, pode-se chegar a conclusão do quanto o assunto abordado é importante aos acadêmicos da ciência jurídica.

1. DIREITO E LINGUAGEM: CONCEITOS INICIAIS

O exercício do Direito se dá integralmente pelo uso da linguagem, nota-se que o juiz quando profere uma decisão usa da escrita e

da oralidade para externalizar a sua convicção, de um outro lado o advogado e o promotor fazem uso da linguagem na forma escrita, oral e até corporal para acusar ou defender alguém. Os exemplos não param por aqui, qualquer sujeito processual num processo democrático deve ter participação ativa, logo, usará a linguagem para sua atuação.

Nesse sentido, Calmon de Passos (2001) afirma que “o direito, enquanto produto de pensamento e decisão (julgamento) é sempre linguagem, texto, proposição descritiva ou proposição prescritiva, extremamente vulnerável e impotente”.

Assim, para os fins que se pretende nesse capítulo, é importante esclarecer diferenças conceituais de extrema relevância entre Linguística, língua, linguagem e discurso.

De forma breve e objetiva, pode-se afirmar que a linguística é a ciência da linguagem.

Por um outro lado, a língua merece uma explicação mais robusta, pois sua definição implica em críticas ao termo português jurídico, assim, língua pode ser conceituada como um conjunto de signos, com uma estrutura gramatical adotados por uma sociedade e que gera um consenso de compreensão, assim, o português, o inglês, o espanhol, o italiano e o mandarim são exemplos de língua, pois nos países em que tal língua é adotada existe uma reciprocidade entre compreender e ser compreendido.

Com a definição acima é possível problematizar o termo português jurídico, pois não existe uma estrutura ou conjuntos de signos próprios da cultura jurídica, o que se usa no Direito brasileiro é o português, e quando algum jurista quer chamar atenção de algum termo usa-se o latim, inglês ou francês (outras línguas), mas não existe gramática, ou outro conjunto de signos específicos para o português jurídico.

Quanto à linguagem, esta é mais ampla, pois abrange todas as formas de comunicação, verbal ou não verbal, inclusive, a língua, é espécie do gênero linguagem. Os autores Fabio Trubilhano e Antonio Henriques (2021) explicam a linguagem da seguinte forma:

Em verdade, sempre que houver comunhão entre os comunicadores acerca dos códigos utilizados, poderá haver linguagem: esta pode ser realizada por cores (p. ex., semáforo vermelho); por sons (p. ex., sirene de viatura policial); por gestos (p. ex., gesto de positivo); por desenhos gráficos (p. ex., desenho de caveira com ossos cruzados); por pinturas (p. ex., um quadro artístico); por símbolos (p. ex., a balança da justiça); por sinais (p. ex., os sinais de trânsito); por movimentos sincronizados (p. ex., a dança); entre outras tantas possibilidades.(TURBILHANO; HENRIQUES, 2021).

Nessa perspectiva convém explicar que linguagem jurídica é para TURBILHANO e HENRIQUES (2021) “a manifestação da própria língua portuguesa, só que aplicada a uma área específica da ciência, com características próprias”. Desse modo, quando se fazer uma referência sobre a linguagem usada na cultura jurídica, o termo correto é linguagem jurídica e não português jurídico.

Por fim, o discurso é o sentido que se pode extrair sobre alguma coisa tendo em vista a posição histórica, contextual, ideológica e política dos interlocutores, por exemplo, numa conversa de bar um indivíduo fala para outro que está tonto, pode-se se extrair com esses poucos recursos linguísticos que o sujeito fez uso exacerbado de álcool, num outro contexto, um indivíduo fala que está tonto no hospital de urgência, agora, com os recursos idênticos da língua pode-se extrair que o indivíduo pontua um sintoma.

Nessa perspectiva, o processo surge como um fenômeno discursivo, pois numa concepção de processo mais autoritária, como a teoria bulowiana, que consagra o processo como uma relação jurídica, nota-se que o discurso processual tende a exaltar a figura do juiz. Todavia, nas concepções mais modernas e democráticas de processo, percebe-se um discurso processual no qual todos os sujeitos processuais devem ter participação ativa.

2. UMA ANÁLISE SOBRE DISCURSO E CONCEPÇÕES DE PROCESSO

De início, cumpre relembrar que o discurso é capaz de indicar ideologias, contextos históricos, posição política e social dos interlocutores. Sendo assim, analisar as diversas teorias que buscam determinar a natureza jurídica de processo pode indicar questões para além da dogmática jurídica.

Desse modo, a primeira concepção de processo que cabe ser analisada é a teoria do processo como contrato, surgida em 1800 na França, sendo Pothier seu principal defensor. Tal teoria entende que o processo é um negócio jurídico, onde as partes se submetem as obrigações advindas do seu resultado.

Do ponto de vista discursivo, a defesa a esta concepção evidencia um contexto histórico em que o Direito Privatista estava em ascensão, tal afirmação é comprovada pela feitura do Código Civil de Napoleão em 1804 e o Código privado austríaco de 1811.

Quanto ao valor histórico dessa teoria, David Paula Pinto expõe:

Apesar de ultrapassada, podemos atribuir para tal teoria um valor histórico. Mas não tenhamos dúvidas que daqui alguns anos, provavelmente esta teoria será pouco conhecida e tratada profundamente nas doutrinas de Teoria Geral do Processo, deixando esta atribuição para os doutrinadores da História do Direito. (PAULA PINTO, 2008)

Já a Teoria do Processo como relação jurídica, considerada um marco, devido a autonomia entre Direito material e Direito Processual, foi sistematizada por Oscar Bulow. Soares (2019) pontua o seguinte sobre a teoria:

A teoria do processo como relação jurídica possui várias características. A primeira delas é colocar o

processo e suas normas processuais em completa autonomia do Direito material. Enquanto as normas de Direito processual tinham como objetivo disciplinar a prestação jurisdicional as normas de direito material tinham como objetivo proteger o bem controvertido entre as partes. Uma segunda característica importante é que o processo possui um fim, qual seja, obter uma sentença. Uma terceira característica é a função do juiz (representante da vontade estatal) e que estava sempre em posição de neutralidade e acima dos direitos disputado pelas partes. O juiz aplica o direito posto pelo Estado e a pedido das partes que não são mais capazes de resolver seus problemas sem a intervenção estatal. (SOARES, 2019)

Outro ponto relevante a ser discutido quando se trata do processo como relação jurídica, é que Bulow defendia que a relação jurídica era triangular, de modo que, o juiz era o centro de uma relação entre autor e réu.

Nota-se pelo exposto que a teoria tende a exaltar a figura juiz, representante da vontade estatal. Tal posicionamento desencadeia na figura do juiz solipsista. Segundo MADEIRA (2021), solipsismo judicial constitui-se como “crença de que o julgador, por características que lhes são subjetivas e imanentes, seja capaz de dizer o que é bom, justo, certo e verdadeiro para o restante da sociedade, em especial, para aqueles que sofrerão os efeitos de suas decisões, notadamente, as partes.”

Ainda, Dhenis Cruz Madeira (2021) ressalta:

Na linha bülowiana, o processo é visto como um espaço discursivo que conta com a regência soberana de um juiz que possui virtudes, sensibilidade, intuição e senso de justiça pressupostamente superiores às qualidades dos demais participantes do discurso. Portanto, Oskar Bülow (BÜLOW, 2003, p. 20-21;

GONÇALVES, 1992, p. 12; LEAL, A., 2008, p. 45-58), um dos representantes da Escola (ou Movimento) de Direito Livre, enxergava o juiz como uma supraparte, já que, segundo ele, os magistrados deveriam, contra o legalismo, exercitar uma atividade salvadora e criadora do Direito. Como bem demonstrou André Cordeiro Leal (2008, p. 37-127), a Teoria do Processo como Relação Jurídica de Bülow é uma teoria de caráter solipsista, sendo que esses traços de solipsismo são detectados em diversos processualistas que, antes ou hoje, a adotam.

Assim, nas ideias bulowianas demonstram que a vontade estatal tem uma importância notável, logo, é de suma importância entender o que esse discurso de Bulow pode indicar sobre o contexto histórico, social e política que o jurista expôs suas ideias em 1868 na Alemanha.

O período que o autor da teoria do processo como relação jurídica desenvolveu suas ideias foi o momento de ascensão do *Welfare state*, expressão utilizada para referir ao Estado de Bem-estar social. Conforme leciona Vera Maria Ribeiro Nogueira:

O termo alemão *Wohlfahrstaat* vem sendo usado desde a década de 1870, juntamente com o termo *Sozialstaat*, igualmente utilizado para denominar as reformas dos anos 1880, realizadas por Bismarck. Rosanvallon aponta que foi na Alemanha que surgiram os primeiros elementos da política social que desaguaram no Estado de Bem-estar moderno, como fruto da força crescente do partido socialdemocrata. (NOGUEIRA, 2001)

Fica evidente, portanto, o discurso sempre é capaz de informar a conjectura vivida daquele que escreve, no caso de Oscar Bulow o seu discurso aponta para importância que o Estado tomou por promover o

bem-estar, ao menos em tese, de seus cidadãos. Dessa forma, surge a figura de um juiz como um representante estatal sacralizado.

Por fim, cumpre analisar as concepções mais modernas de processo, quais sejam, a teoria do processo como procedimento em contraditório de Elio Fazzalari e a teoria do processo Constitucional desenvolvida por Ítalo Andolina e Vignera.

A princípio, a teoria Fazzalariana assevera que o processo é espécie do gênero procedimento que tem como elemento o contraditório. A teoria de Fazzalari tenta romper com a relação jurídica triangularizada de Bulow. Assim, Thiago Torres (2021) explica:

Inspirado na necessidade de rompimento com protagonismo do juiz nas decisões, o processualista italiano Elio Fazzalari cuidou de desenvolver um modelo teórico que, em reforço a críticas já existentes acerca de uma relação jurídica processual[2], responsável por colocar o processo como instrumento da jurisdição e dar bases à concepção de um protagonismo judicial[3], inverte a lógica de importância do tripé estruturante do direito processual e coloca as partes definitivamente habilitadas a gerar real influência sobre a atividade decisória.(TORRES, 2021)

A teoria Fazzalariana foi inspirada por ideais democráticos, uma vez que o autor da teoria do procedimento em contraditório apontava a importância de uma participação ativa de todos os sujeitos processuais, rompendo com a ideia de um representante estatal com superpoderes em dispor de uma boa decisão por si só. Torres (2021) aponta que o Gatilho de Fazzalari foi:

o movimento constitucionalista posterior à Segunda Guerra Mundial cuidou de ofertar bases à uma atividade jurisdicional que propiciasse às partes real influência sobre os conteúdos decisórios, assim como

para a participação em todas as esferas de poder, ao passo em que “o processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático, eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúleas”. (TORRES, 2021)

Ainda, quanto a Teoria do processo constitucional de Ítalo Andolina e Vignera tem forte influência do movimento neoconstitucionalista, técnica de limitação de poder. Para Soares:

Entre 1980 e 2000, muitos constitucionalistas e processualistas buscaram correlacionar a ideia de constituição e processo. É praticamente impossível, no estágio atual de desenvolvimento jurídico que nos encontramos, discutir direito constitucional sem dizer sobre processo e também não é possível estudar processo sem que seja no âmbito do Direito constitucional. A convergência de duas matérias tornou impossível dialogar sobre uma correlação com a outra. A partir desses entendimentos, com relação ao instituto do processo, chegou-se, hoje, a teoria constitucionalista do processo... (SOARES, 2019)

Enfim, verifica-se que o discurso dogmático sempre é capaz de indicar contextos históricos, sociais ou inspirações políticas e discursivas. E esta análise sempre é importante para entender os porquês de alguns institutos ou teorias jurídicas, e se estas ainda fazem sentido num contexto atual.

CONCLUSÃO

O tema, como dito, é muito interessante. O presente trabalho pretendeu demonstrar o quanto o estudo da linguagem jurídica é

importante, principalmente no tocante a análise do discurso, que pode indicar para além do que a dogmática jurídica informa.

Desse modo, buscou-se de início, conceituar linguística, língua, linguagem e discurso. Logo, foi possível concluir que linguística é a ciência que estuda a língua, a língua, por sua vez, é um sistema de signos, como exemplo o Português, o Inglês e o Latim, a linguagem pode ser definida como formas de comunicação específica de um grupo, sociedade ou cultura, podendo ser externalizada por diversas formas, já o discurso é o que se extrai dos interlocutores, e portanto, o processo emerge como um fenômeno discursivo pois a partir das teorias que buscam entender sua natureza jurídica é possível extrair contexto social, histórico e político.

Ainda, foi abordado o porquê do termo Português jurídico pode ser considerado um termo atécnico, tendo em vista que a cultura jurídica não tem um sistema próprio de signos.

Posteriormente foi feito uma análise discursiva de algumas teorias que buscaram compreender o Processo.

Sendo assim, analisou-se a teoria do processo como contrato, e foi concluído que na época que essa teoria surgiu existia uma ascensão do Direito Privado, logo, é provável que o teórico que desenvolveu essa concepção de processo, foi influenciado por tal contexto.

Em seguida, foi analisado a teoria da relação jurídica de Oscar Bulow, que teve sua sistematização na época que emergiu o Estado de bem-estar social, logo, há grande probabilidade das concepções bulowianas terem atribuído a vontade estatal essa sabedoria em decidir pelo contexto político e histórico.

Por fim, foi possível concluir que as teorias mais modernas de processo foram influenciadas por ideais democráticos e constitucionalistas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2022. *E-book*. ISBN 9786559643011.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal**. Revista de processo, v. 102, São Paulo, 2001. http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_07_05.pdf

HARARI, Yuval. **Sapiens – Uma breve história da humanidade**. 1^a ed. Editora: L&PM, 2011.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **O que é o solipsismo judicial?** . Jus. Revista Jurídica da Presidência. V.22 n. 16; Maio, 2020; Brasília

NOGUEIRA, Vera Maria Nogueira. **Estado de bem estar social-origens e desenvolvimento**. Katalazis, 05 de dez de 2001. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2928221.pdf>.

PINTO, Davi Souza de Paula. **Teoria Geral do Processo: As Diferentes Visões Teóricas que Surgiram no Decorrer da História do Direito Sobre o Processo**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 out 2008, 18:36. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/15238/teoria-geral-do-processo-as-diferentes-visoes-teoricas-que-surgiram-no-decorrer-da-historia-do-direito-sobre-o-processo>.

SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Teoria Geral do Processo Civil**. Belo Horizonte: Ed. D'placido, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 64. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646579.

TORRES, Tiago Henrique. **Inversão do tripé estrutural do direito processual e o “gatilho” de Fazzalari.** Contraditor.com: 25 de nov de 2021. Disponível em: https://www.contraditor.com/gatilho-de-fazzalari/#_ftn1

TRUBILHANO, Fabio; HENRIQUES, Antonio. **Linguagem jurídica e argumentação** teoria e prática. 7. São Paulo Atlas 2021 1 recurso online. ISBN 9786559770366

HABEAS CORPUS E A ANÁLISE DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE: OS LIMITES DA VIA DE COGNIÇÃO SUMÁRIA E A FUNDAMENTAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS À PRISÃO PREVENTIVA

*Thais Diniz Silva de Carvalho*⁶²

*Luciana de Castro Bastos*⁶³

RESUMO: O presente artigo visa esclarecer os limites de conhecimento na via estreita do *Habeas Corpus* tendo em vista as limitações cognitivas atinentes à análise da autoria e da materialidade do ato delituoso. Questiona-se, portanto, a linha tênue existente entre o não conhecimento da demanda e os requisitos inerentes a decretação da prisão preventiva, já que esses perpassam o exame da autoria. Objetiva-se, desse modo, demonstrar a possibilidade da ocorrência de constrangimento ilegal, inclusive, em momentos que, via de regra, não são alvo de verificação no julgamento do *writ*. Para tal, aprouve utilizar jurisprudências pátrias atualizadas e revisão bibliográfica doutrinária que evidenciam as incongruências hodiernas suportadas por aquele que é, de fato, a parte mais frágil da situação jurídica: o réu. Nesse diapasão, conclui-se que situações ocorridas durante o flagrante delito ou mesmo divergências suscitadas durante a instrução processual, podem interferir nos mínimos lastros probatórios inexoráveis à decretação da segregação cautelar, não alinhando-se, por conseguinte, a questão de puro cunho mérito, razão pela qual podem elucidar legítima ação de autoridade judiciária capaz de conduzir a concessão da ordem e fazer cessar a violência ou coação suportada.

62 Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG (2018/2-2023-1), pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal. Email: thaisdscarvalho@gmail.com.

63 Professora universitária: PUC Minas; Coordenadora dos Cursos de Especialização a Distância em Legal Tech: Direito, Inovação e Startups e em Direito Bancário e do Mercado Financeiro da PUC Minas Virtual; Palestrante; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ; Mestre em Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas com distinção cum laude. E-mail: lucianadecastrobastos@gmail.com.br

Palavras-chave: Constrangimento ilegal; Segregação cautelar; Cognição sumária.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, saliente-se que o Habeas Corpus é um remédio constitucional instituído pelo artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal que assim determinou: “conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (BRASIL, 1988). Destina-se, pois, a tutela da liberdade do indivíduo, notadamente seu direito de ir e vir, do latim *ius manendi eundi veniendi*.

Para tanto, nessa ação de ordem processual constitucional, a conduta que enseja o pedido advém do abuso de poder perpetrado em desfavor do acusado por autoridade judiciária ou policial apontada coatora:

Portanto, desde que a restrição ou o perigo de restrição ao direito subjetivo de ir, vir e ficar resulte de ilegalidade ou abuso de poder, o writ of habeas corpus é o instrumento constitucional apto a remover a coação ou a sua ameaça. Logo, **a Magna Carta, tendo em consideração sempre o insopitável desejo de liberdade individual, principalmente quando ilegalmente coarctado ou ameaçado de sê-lo por ilegalidade ou abuso de poder, a ela deu proteção maior e o fez, há de se deixar assente, com plena razão e lógica de direito.** Com efeito, cumpre à Carta Política Federal tutelar diretamente os bens mais preciosos do indivíduo, como a vida, a propriedade e a liberdade, dentre outros de igual equivalência, para que o respeito a eles inerente tenha maior expressão no campo legal. (MOSSNI, 2013 - grifo nosso).

Consigne-se, por oportuno, que a legislação pátria não impôs requisitos de ordem técnica à impetração de Habeas Corpus, de sorte que qualquer indivíduo pode fazê-lo em benefício próprio ou alheio. É o que se observa da redação do artigo 654, *caput*, do Código de Processo Penal, que também delimita, em seu §1º, os pequenos encargos de ordem meramente formal ao início da ação, conforme vê-se abaixo:

§ 1º A petição de **habeas corpus** conterá:

- a) o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem exercer a violência, coação ou ameaça;
- b) a declaração da espécie de constrangimento ou, em caso de simples ameaça de coação, as razões em que funda o seu temor;
- c) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever, e a designação das respectivas residências.

No entanto, a coação e a violência de que trata o texto constitucional, não se confundem, tratando-se de hipóteses distintas a ensejar a impetração de Habeas Corpus, de modo que aquela refere-se a violência moral, que pode advir “da ameaça, do medo ou da intimação”(MOSSNI, 2013, p. 56), enquanto que essa diz respeito a ao emprego de violência no corpo material propriamente dito, caracterizado pela conduta capaz de cercear a liberdade do agente que a suporta. Ademais, conquanto a avaliação possua parâmetro dado pela carta magna, a avaliação deve se dar de maneira ampla, com fim de abarcar quaisquer ações que, de algum modo, violem o direito constitucional à liberdade sob fundamentações temerárias.

Nesse diapasão:

Assim, embora no cerne a violência tenha sentido abrangente, compreendendo a forma física (material) ou moral (psicológica), o legislador constitucional, para dar melhor ênfase ao Texto Magno, usou

expressamente os termos violência ou coação, procurando não permitir que se lhe dê inteligência restritiva. **Logo, para o Diploma Magno, o amparo à liberdade física é devido, quer a ação ou ato decorra de violência física, quer provenha de violência moral.** O que basta para o direito constitucional é que, sem causa legal, independentemente da forma com que o ato de violência seja praticado, a liberdade física do indivíduo não seja perturbada ou ameaçada de sê-lo. (MOSSNI, 2013 - grifo nosso).

Assim sendo, o *writ* se presta tanto a cessar ações que resultaram no cerceamento ou limitação da liberdade do sujeito, sendo, nesse caso, denominado Habeas Corpus de natureza jurídica repressiva, quanto para evitar que a conduta se efetive, nessa situação, possuindo caráter preventivo. No repressivo, via de regra, se requer a expedição de alvará de soltura, caso a medida tomada tenha gerado a prisão do agente ou, estando solto, a retirada do limite imposto que foi considerado enquanto ilegal. No preventivo, por sua vez, pleiteia-se a expedição de salvo-conduto e, quando pertinente, a expedição do contramandado de prisão ou seu recolhimento, com fim de apartar a possibilidade de sua efetivação.

No que concerne a ilegalidade, têm-se que essa se caracteriza pelo afastamento das formas essenciais à validade do ato, tornando-o, portanto, passível de invalidação, já que a legalidade está atrelada também a maneira com a qual se conduz os atos judiciais e não só com aquilo que se pretende alcançar por meio destes. Assim sendo, qualquer ato que se constitua em contrário ou a quem daquilo que a legislação infere, é ilegal, demonstrando o excesso por meio da ação da autoridade que utilizou sua função para agir com arbitrariedade.

Note-se, por conseguinte, que a ação de *Habeas Corpus* não só protege o direito fundamental da liberdade, como também o faz em atenção a um princípio fundamental da Constituição, pelo que efetiva a locomoção do indivíduo por meio do zelo à legalidade. Desse modo, em um raciocínio sistemático promove, simultaneamente, a proteção

do sujeito e da lei, atuando enquanto freio às condutas dos agentes públicos que, ressalte-se, devem ser pautadas nos ditames do artigo 37, da CF/88.

Por isso mesmo, mostra-se necessário o exame dos fenômenos que, cotidianamente, comprometem a efetividade do *mandamus* ou, ao menos, demonstram que tem poder para tal, de modo que as limitações cognitivas nessa via, não podem ser como subterfúgio a soluções genéricas que relativizam a gravidade do cerceamento por ato ilegal de autoridade judiciária. Logo, objetiva-se apontar situações nas quais a breve análise do mérito não se encaixa em supressão de instância apta a pôr fim a instrução criminal, mas muito antes tem conexão com os pressupostos inarredáveis da custódia cautelar.

Nesta esteira, a jurisprudência pátria tem apresentado posicionamentos distintos a respeito da problemática, a depender do caso concreto, em especial, os Tribunais Superiores. Crê-se, isto posto, que não trata-se de questão meramente procedimental, mas também abarca as peculiaridades de cada situação, razão pela qual o estudo do tema deve ser realizado em atenção a perspectivas que corroboram a conclusão de que os elementos de autoria na via sumária do Habeas Corpus, não são, necessariamente, abordagem de mérito e, ainda que seja em algum ponto, não impede a concessão da ordem de ofício para fazer cessar patente constrangimento ilegal.

2. OS PRESSUPOSTOS DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR E OS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE

Como cedido, a regra no sistema acusatório é a inocência até que se alcance o trânsito em julgado da sentença condenatória, o que inclui as possibilidades recursais, nas formas estabelecidas pelo Código de Processo Penal. Desse modo, a prisão se dá mediante a finalização da instrução processual, a respectiva condenação e a inércia da defesa quanto a propositura de recurso ou, de outro ângulo, caso interposto, se o pleito recursal restar não provido.

Contudo, há possibilidade de excepcional segregação anterior a esse caminho processual, na forma da prisão cautelar disciplinada essencialmente pelos artigos 311 a 316, do Código de Processo Penal. Para tanto, devem ser observados os requisitos e a razoabilidade da medida, haja vista tratar-se de exceção ao regramento que instrui a possibilidade de acautelar o indivíduo, a qual pressupõe o *standard* probatório que leva à conclusão, ou não, de culpa.

Por isso mesmo, estipulou o legislador ser possível esse tipo de prisão nas seguintes situações:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

§ 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares

§ 2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada

Ressalte-se, por oportuno, que a aplicação dessa medida tão somente deve ser efetivada quando incabíveis medidas de menor gravidade previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal. De igual modo, conduzem-se pela cumulação dos riscos expostos no artigo 312 e pelo menos um dos requisitos expostos no artigo subsequente, quais sejam: crime punido com pena superior a 4 anos, agente reincidente ou quando cometidos no contexto da violência doméstica e familiar, com fim de garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Nada obstante, os parâmetros à utilização do instituto envolvem, portanto, a análise mínima de autoria, já que, ao contrário, tornaria-se possível a temerária prisão de indivíduos sem que houvesse plausível justificativa em termos de risco à sociedade. Não confunde-se, no entanto, com o aprofundado exame de provas, próprio a instrução, mas a possibilidade de demonstrar o caráter imperioso da segregação anterior à condenação, já que não pode ser confundida com antecipação da punição Estatal.

Senão, veja-se:

Quanto aos **indícios suficientes de autoria** para a imposição da Segregação Cautelar, exige-se o mero prognóstico de eventual julgamento positivo sobre a autoria, bastando, para tanto, a probabilidade de que seja o Agente o autor do Delito (LIMA, Renato Brasileiro de, 2016 – grifo nosso).

É dizer, então, que a decretação da segregação cautelar depende de *fumus commissi delicti*, em tradução, comprovação da existência do crime e suficientes indícios de autoria. Nos ensinamentos de Aury Lopes Junior:

A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável¹⁰⁹. A prisão preventiva deve ter por base “la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada”¹¹⁰.

É, antes de tudo, uma prognose sobre a questão de fundo¹¹¹, uma metáfora que designa os sintomas de uma situação jurídica (no léxico goldschmidtiano). O *fumus commissi delicti* exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapaixonado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências

apresentam como responsável um sujeito concreto (LOPES JUNIOR, Aury, 2023, *Ebook*)

Demais disso, se necessária a verificação do *fumus comissi delicti*, inexorável também a demonstração de *Periculum Libertatis*, ou seja, “[...] o perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” (LOPES JUNIOR, 2023, *Ebook*), que deve ser contemporâneo e fazer referência ao momento atual.

Significa, portanto, que além de ter a conduta passado por um crivo de juízo de probabilidade, que difere-se do juízo de possibilidade, na medida em que aquela diz respeito às razões positivas ao cometimento do delito sem causas aparentes de exclusão de ilicitude ou culpabilidade, enquanto essa refere-se somente a situação em que “as razões favoráveis ou contrárias à hipótese são equivalentes.” (LOPES JUNIOR, 2023, *Ebook*).

Nesse ponto, pertinente colacionar trecho do referido autor acerca das diferenças expostas:

Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado. A probabilidade significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao vero, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito. (LOPES JUNIOR, 2023, *Ebook*)

De mais a mais, é imprescindível a racionalização da segregação em acordo com as garantias constitucionais instituídas pela Constituição Federal de 1988, sobretudo porque a liberdade mostra-se enquanto atribuída dado sem contraprestações, sendo desnecessária a comprovação de que a mereça. Lado outro, inarredável ao Estado Democrático a comprovação de que alguém deva suportar a supressão deste direito, senão estaria-se a se permitir que ventile ao ordenamento atual, maneiras de sanção próprias ao sistema inquisitório penal, posto que, naquele momento, o processo não se vinculava a verificação da culpa, muito antes sendo usado como meio para satisfazer a convicção do julgador.

Destaque-se que a manutenção da prisão cautelar, somente promovida se insuficientes as mencionadas mais brandas, deve se dar por prazo nonagesimal, havendo reanálise das razões que a ensejaram a cada 90 dias, nos termos do artigo 316, parágrafo único, do CPP. Nesta toada, o encarceramento só resiste quando ainda presentes seus pressupostos, cabendo impetração de Habeas Corpus também para fazer cessar eventual constrngimento ilegal por ausência de análise da prisão.

A propósito:

Cuida-se de correta providência legislativa, evitando-se a perpetuação indeterminada e, por vezes, desnecessária da prisão preventiva, que não possui prazo legal para terminar. Então, cabe ao magistrado justificar a cada 90 dias as razões que o levam a manter a custódia cautelar, sob pena de, não o fazendo, gerar constrangimento ilegal. Entretanto, não nos soa tratar-se de um prazo inflexível que, ultrapassado, produz a imediata soltura de quem está preso. É preciso verificar, junto ao juízo, a razão pela qual ele deixou de reavaliar o caso depois de 90 dias; havendo um justo motivo, além de existir razão suficiente para a continuidade da segregação cautelar, não há coação ilegal a ser sanada. (NUCCI, 2022, *Ebook*)

Em resumo, a prisão preventiva, de natureza subsidiária e insólita, pode ser decretada após a homologação da prisão em flagrante – com a devida realização de audiência de custódia, ou, ainda no curso das investigações ou do processo criminal propriamente, devendo para tanto ser determinada sob pedido da autoridade policial ou do Ministério Público, consoante o artigo 311, do CPP. Mostra-se, então, como aparato possível, mas que, muito embora seja utilizado com frequência, não é a regra, dependendo da probabilidade mínima de autoria e materialidade suficiente do delito imputado.

2.1 AS NULIDADES QUE COMPROMETEM O ACERVO PROBATÓRIO E OS EMPECILHOS AO CONHECIMENTO NA VIA DO HABEAS CORPUS

Perpassada breve análise quanto aos pressupostos da prisão preventiva, é imperioso compreender aquilo que, em alguma medida, tem o condão para gerar prejuízos à imposição desse instrumento processual, apontando sobretudo as limitações de cognição pela via do Habeas Corpus. Nesse sentido, sabe-se que as nulidades processuais, expostas no artigo 563 do CPP – ou esparsas colocadas enquanto infrações da própria norma processual, podem vincular, ou não, o teor probatório dos autos.

Por essa razão, a prova considerada ilícita ou ilegítima produz efeitos no procedimento, sendo certo que aquelas que dela vierem, por redação expressa do artigo 157, 1º do CPP, também encontram-se eivadas por nulidade. De todo modo, são incidentes processuais que precisam ser examinados em tempo, com fim de minimizar eventual risco prejudicial à parte mais frágil do procedimento, notadamente o agente denunciado.

Todavia, a jurisprudência mineira e dos demais tribunais nacionais, no geral e, em concordância a percepção dos tribunais superiores, têm entendido, na maior parte das vezes, pelo não conhecimento de nulidades na vida do *writ*, tratando como excepcional por exemplo, o relaxamento da prisão por ilegalidade no flagrante

delito, ou, ainda, o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

Senão, observe-se entendimento recente e muito comum, em decisão recente proferida pelo STJ, cujo agravo regimental no recurso em *Habeas Corpus* restou improvido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. CORRUPÇÃO ATIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PERSECUÇÃO PENAL BASEADA APENAS EM DENÚNCIA ANÔNIMA COM DADOS SIGILOSOS. EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO PRÉVIA. PROVAS INDEPENDENTES. NÃO UTILIZADOS DADOS ACOBERTADOS PELO SIGILO.

1. O trancamento da ação penal em sede de recurso em habeas corpus é possível apenas quando há manifesta atipicidade da conduta, presença de causa de extinção da punibilidade do paciente ou de ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas evidenciando constrangimento ilegal, o que não ocorreu no caso.

2. É entendimento desta Corte Superior que “a notícia anônima sobre eventual prática criminosa, por si só, não é idônea para a instauração de inquérito policial ou deflagração da ação penal, prestando-se, contudo, a embasar procedimentos investigatórios preliminares em busca de indícios que corroborem as informações, os quais tornam legítima a persecução criminal estatal”.(RHC 37.850/MT, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 20/05/2016). [...].4. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC n. 157.986/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 10/5/2023- grifo nosso)

Assim também caminha o entendimento do Tribunal Mineiro, no que concerne a declaração de nulidades após a decretação da prisão preventiva:

[...] Eventuais irregularidades ocorridas na prisão em flagrante restam superadas com sua conversão em custódia preventiva, afinal, **trata-se de novo título judicial, com fundamentos e requisitos diversos.** [...] (TJMG- Habeas Corpus Criminal 1.0000.22.294307-8/000, Relator(a): Des.(a) Maria das Graças Rocha Santos, 9ª Câmara Criminal Especializa, julgamento em 15/02/2023, publicação da súmula em 15/02/2023-grifo nosso).

Noutro giro, o questionamento que se faz tem como ponto central a capacidade probatória e a decretação da prisão preventiva, quando houver patente nulidade envolvida nos atos de investigação ou processuais. O réu deveria, então, aguardar o fim da instrução para que seja observada a norma processual? Mais do que isso, seria mesmo prescindível a verificação dos indícios mínimos de autoria nas normas de caráter procedimental no âmbito do *Habeas Corpus*? A bem da verdade, se a nulidade probatória pode ocasionar a fragilização dos indicativos de responsabilização do indivíduo, pode também evidenciar máculas, ao menos em tese, na verificação dos requisitos essenciais à segregação cautelar.

Imagine-se, por exemplo, que determinada pessoa fora presa em situação de flagrante impróprio, no entanto, o magistrado responsável relaxou a prisão por ter havido ilegalidade na abordagem policial, que se deu sem fundada suspeita, culminando na apreensão de drogas e na posterior busca domiciliar não autorizada. Nessa situação, a nulidade da prova poderia ensejar o relaxamento da prisão, eis que ilegal, conforme entendimento mais atualizado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.
RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS.
BUSCA DOMICILIAR DESPROVIDA DE MANDADO
JUDICIAL. JUSTA CAUSA NÃO EVIDENCIADA
POR MATERIAL APREENDIDO EM VIA PÚBLICA.

PRESENÇA DE ILEGALIDADE. AGRAVO DEFENSIVO. CONTAMINAÇÃO DE PROVA. NULIDADE DE TODO O MATERIAL APREENDIDO. 1. **Em relação ao ingresso em domicílio e à busca pessoal, a Sexta Turma desta Corte Superior tem entendido que não se considera fundadas razões para ingresso em domicílio a apreensão de drogas em poder de alguém em via pública.** 2. O fato de terem sido apreendidas porções de droga em poder do agravante não legitima a entrada na residência para a realização de buscas no imóvel, diferente de uma situação em que se ingressa na residência somente para prender alguém em flagrante delito anteriormente constatado. [...]4. Agravo regimental do Ministério Público Federal desprovido. Agravo regimental de Jhony de Castro provido **para se reconhecer a nulidade de toda a prova relativa à prisão em flagrante, com o relaxamento da prisão preventiva.** (AgRg no HC n. 786.748/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023.- grifo nosso).

Por outro lado, se é nula a prova apreendida, pode-se concluir que também ficariam afastados os indícios de autoria, os quais justificariam a medida constritiva cautelar, sendo possível inferir, portanto, que a ilegalidade da prova influencia nas concepções iniciais capazes de conduzir a prisão processual do acusado, que torna-se temerária frente a constatação de ilegalidades. Senão, veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO. REITERAÇÃO DE PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA E INVASÃO DE DOMICÍLIO. FUNDAMENTAÇÃO CONTRADITÓRIA DO DECRETO PRISIONAL. CASSAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...]2. O Juiz de primeiro grau entendeu ser nulo o ingresso dos policiais no domicílio do recorrente, mas, apesar

disso, aplicou a cautela extrema, ao argumento de que a quantidade de drogas apreendidas seria expressiva. Contra essa decisão de relaxamento do flagrante por ilicitude da busca domiciliar, não se insurgiu a acusação. 3. **A despeito da menção à gravidade concreta do crime, uma vez reconhecida a invalidade da diligência e relaxado o flagrante por esse motivo - contra o que não houve recurso do Ministério Público -, não poderia ser decretada pelo Juízo singular no mesmo ato a prisão preventiva do recorrente por faltar - ao menos de acordo com a premissa estabelecida pelo próprio Magistrado de primeiro grau naquela decisão - prova lícita da materialidade delitiva. Vale dizer, ao reconhecer a ilegalidade do ingresso em domicílio e relaxar o flagrante, mas decretar a prisão preventiva, agiu de forma incoerente e contraditória o Juiz de direito, o que macula de nulidade a decisão que impôs a custódia provisória.** 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC n. 166.598/RO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022- grifo nosso).

Por ocasião do julgamento citado em alhures, entendeu o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, pela incongruência da decisão que, ainda reconhecendo os erros de caráter procedimental, aplicou como medida a constrição cautelar, sob a fundamentação de que o material – nulo – apreendido expressava grande quantidade. Vê-se, isto posto, que a invalidação da apreensão aparta a imprescindibilidade da prisão, que, como já dito, é medida de todo excepcional.

A conclusão é, então, que a análise das nulidades ocorridas no flagrante por meio da via sumaríssima do *Habeas Corpus*, é medida, a depender do caso concreto, imperiosa, posto que se presta ao exame da correta aplicação do instituto da prisão preventiva, hoje tido enquanto a *ultima ratio* no processo penal. De sorte que a verificação dos atos investigatórios não culmina na extensão dos limites da via, mas tão

somente efetivam o papel a que essa se destina, qual seja: sanar eventual constrangimento ilegal suportado pelo paciente. (SCHIETTI, 2022)

Verdadeiramente, a imposição do cerceamento por provas já declaradas – ou potencialmente – ilícitas transparece nada além do que constrangimento capaz de conduzir à soltura. Grosso modo, o processo penal não pode ser entendido como um livro de capítulos independentes, mas, ao contrário, possui esferas que se interligam e, uma vez sendo possível que o cometimento do ato ilegal se dê no flagrante delito, afigura-se plausível sua análise na ação constitucional autônoma em debate.

3. O RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE NA MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR POR AUSÊNCIA DOS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE NA VIA DO *HABEAS CORPUS*

Como mencionado, via de regra, as nulidades de caráter probatório não se destinam à análise na via estreita do Habeas Corpus. Contudo, em alguns casos é preciso avaliar a proporção do prejuízo suportado pelo paciente em virtude da denegação do *writ*, sendo possível concedê-lo de ofício, ainda que ausentes os pressupostos de conhecimento, com fim de cessar o constrangimento ilegal sofrido e comprovado. (SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton, 2023, *Ebook*)

É o que pode acontecer, por exemplo, nos *Habeas Corpus* impetrados com pleitos que, fundamentalmente, são exposições de provas que podem ser atacadas por recursos próprios como o agravo em execução ou a revisão criminal. Para melhor elucidar, veja-se pequeno trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça que, não conhecendo do feito, haja vista tratar-se de matéria alheia aquelas que podem ser discutidas por meio do HC, concedeu de ofício a ordem para determinar o afastamento da falta grave outrora reconhecida pelo juízo *a quo*:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. ENVIO DE DROGAS POR CORREIO. MODALIDADE SEDEX. ABSOLVIÇÃO. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. FATO DE TERCEIRO. FALTA DE PROVAS IN CASU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]II - No caso concreto, o paciente foi declarado incurso em infração disciplinar de natureza grave de forma objetiva, sem constatação de sua autoria, mesmo que mediata, sob acusação de que teria tentado receber drogas via correio sedex dentro do estabelecimento penitenciário. [...]V - Verificase, pois, que o eg. Tribunal, com amparo em mera responsabilidade penal objetiva, sem provas concretas da conduta do paciente, decidiu pelo concurso de agentes, situação que configura constrangimento ilegal, já que, in casu, não houve como se concluir que o paciente praticou a falta grave, pois sequer foi comprovado que manteve contato com o material lhe destinado, nem mesmo que o teria solicitado à pessoa remetente. Habeas Corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para afastar a falta grave homologada e todos os seus consectários, por falta de provas. (HC n. 695.929/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021. -grifo nosso).

Noutro prisma, vê-se que nos casos de segregação cautelar em que há patente ausência de indícios de autoria ao menos durante a instrução processual, é possível conhecer do pedido e concedê-lo, vez que a autoria pleiteada não atinge o mérito, mas tão somente demonstra a inadequação da medida extrema frente ao acervo probatório. Por isso, é imperioso que as situações sejam observadas a

quem da concepção comum e automatizada do não conhecimento de certas questões por meio do HC, mesmo porque ele se presta a fazer cessar eventual constrangimento ilegal, o qual pode se fazer presente em qualquer fase processual ou executória.

Nesse ponto, pertinente colacionar decisão recente, proferida no ano vigente, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO PREVENTIVA - AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO AUTORIZADA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO.

- A posse de balança de precisão por menor que acompanhava o réu, sem qualquer apreensão de droga, quando saíam ambos de imóvel abandonado no qual havia um pé de maconha, não caracteriza o *fumus comissi delicti*, condição sem a qual não se justifica a medida cautelar.

- **Embora, como regra geral, ser incabível a discussão acerca de autoria em sede de habeas corpus, quando patente a insuficiência de tais indícios, mostra-se incabível a prisão preventiva, sendo de rigor a concessão da ordem de soltura.** (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.23.047707-7/000, Relator(a): Des.(a) Marcos Flávio Lucas Padula, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/03/2023, publicação da súmula em 21/03/2023 - grifo nosso).

Não obstante, embora seja corriqueiro que os indivíduos que impetram Habeas Corpus estejam cerceados da convivência em sociedade, como outrora mencionado, pode ser que o *mandamus* seja utilizado enquanto meio para evitar a violência ou coação por abuso de poder, o que pode acontecer, por exemplo, quando há um decreto prisional determinando a prisão, mas ainda não se efetivou o cumprimento do respectivo mandado. Nesse ponto, pertinente discorrer sobre questão que, de igual modo, enfrenta dificuldades para

conhecimento na via do *writ*, mas, caso efetivamente demonstrada, tem condão para afastar a necessidade da segregação.

Tratam-se das hipóteses de trancamento de ações penais e inquéritos por meio do Habeas Corpus que, adiante-se, também possui caráter excepcional, mas pode alterar a punição por ventura suportada, de sorte que, inexistindo suficiente justa causa à continuidade da persecução criminal, resta frustrada também a necessidade de segregação. Contudo, o que ocorre - ou, pelo menos, aquilo que se vê de forma mais reiterada -, é o não conhecimento do pleito relativo ao trancamento, ainda que eventualmente seja reconhecida a ausência de fundamentação idônea à decretação da medida constritiva.

Vislumbra-se a contínua fortificação do estreitamento da via, o que, frise-se, não deve obstar a utilização integral do instrumento mandamental que sabidamente só pode ser equivocado para a defesa do réu. Não intenciona-se salvaguardar o uso do remédio constitucional a todo e qualquer receio defensivo, para os quais, a seu tempo e modo, podem ser dirimidos em via própria, mas, ao contrário, elucida-se a patente necessidade de entender o Habeas Corpus enquanto meio para sanar constrangimentos ilegais de modo célere, evitando de algum modo a continuidade de condutas que, processualmente, somente seriam debatidas em recurso especificado.

Significa inferir, portanto, que não incumbe ao acusado suportar o ônus da espera pela decisão em âmbito recursal, quando latente o constrangimento suportado, tão somente sob a justificativa de que existem aparatos processuais intrínsecos à resolução do caso concreto. Verdadeiramente, o Habeas Corpus é justamente uma via alternativa ao caminhar do procedimento que, assim como aqueles que o conduzem, é passível de erros.

Torna-se forçoso reconhecer a segregação cautelar como aquilo que esse instituto jurídico realmente representa: uma medida extrema utilizada de modo subsidiário, somente quando imprescindível. Não se pode olvidar que o indivíduo que aguarda o julgamento privado de sua liberdade nunca mais poderá reviver socialmente os dias em que passou acautelado, sendo certo que o direito processual penal deve ser

instrumentalizado com cautela e garantia de direitos fundamentais, sobretudo porque, como cedido, a inocência é a regra do ordenamento.

Malgrado a relativização dos princípios basilares constitucionais, há que se destacar que o próprio direito material penal sustenta-se sob o fundamento da intervenção mínima, razão pela qual não cabe ao direito processual agasalhar frágeis matérias probatórias que nem mesmo são capazes de demonstrar minimamente a autoria do fato e, por consequência, são inócuas a justificar a privação da liberdade cautelarmente. Transparece-se, desta feita, que o delito material imputado deve ser balizado sob premissas processuais legítimas, eis que o processo é meio para alcançar medidas necessárias à coibição da infração penal, caso efetivamente atestada.

Nessa esteira, são os esclarecimentos de Aury Lopes Júnior:

[...]“a tutela cautelar é, quando comparada com o direito material, uma tutela mediata: mais que fazer justiça, serve para garantir o eficaz funcionamento da Justiça. Se todos os provimentos jurisdicionais são instrumentos do direito material que através deles se atua, nos provimentos cautelares encontra-se uma instrumentalidade qualificada, ou seja, elevada, por assim dizer, ao quadrado: esses são de fato, infalivelmente, um meio predisposto para melhor resultado do provimento definitivo, que, por sua vez, é um meio para a atuação do direito (material); são, portanto, em relação à finalidade última da atividade jurisdicional, instrumentos do instrumento” (Tradução nossa). (LOPES JUNIOR, 2023, *Ebook*)

Desse modo, posto que se mostram enquanto verdadeiro instrumento de um outro instrumento, as medidas cautelares não podem ser mecanismo de consolo às irresignações sociais, mas, diversamente, precisam ser aplicadas com diligência, sob pena de configurar-se sua inconstitucionalidade. Por isso:

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional. (LOPES JUNIOR, 2023, *Ebook*)

Não foi outro o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao decidir pela anulação do reconhecimento fotográfico no bojo do Recurso Ordinário em HC n° 206.846/SP, já que ao avaliar a lisura da maneira com a qual se deu o ato processual, restaram contratadas importantes incongruências com o ordenado pelo artigo 226, do Código de Processo Penal. Assim, em atenção ao procedimento estabelecido pela legislação, Gilmar Mendes, relator do caso, tratou de elucidar que a prova típica produtiva em desacordo com a lei processual, não tem o condão de fundamentar a condenação, asseverando, ainda, a importância do seguimento do rito para fins de evitar erros na persecução Penal. (MENDES, Gilmar, 2022)

Na situação concreta, o acusado, mediante concurso de agente e com emprego de arma de fogo, teria subtraído sob o emprego de violência e grave ameaça, objetos de três vítimas. Em diligência, os policiais o encontraram aproximadamente 1 hora após o suposto cometimento do delito e fotografaram seu rosto, repassando as imagens a outros policiais que estavam próximos às vítimas, as quais reconheceram o réu por meio do aplicativo de mensagens WhatsApp. (MENDES, Gilmar, 2022).

O ministro relator pontua que não há outros elementos de prova, além de não haver explicação alguma para que os policiais tenham tirado fotos do denunciado, mesmo porque, com ele, não foi encontrado

qualquer material relativo ao injusto penal analisado. Por isso, haja vista a escassez de provas e o abuso ocorrido no reconhecimento facial, a nulidade é medida a ser reconhecida. (MENDES, Gilmar, 2022).

Em suas palavras:

[...] Assim, neste caso não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida; não foram exibidas outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, a polícia tirou uma foto de um suspeito encontrado em um parque uma hora depois do fato, mas que nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado, visto que não houve qualquer motivação para a busca pessoal nele realizada. Em sede judicial, repetiu-se o reconhecimento pessoal. Contudo, na ata da audiência não há qualquer detalhamento sobre o procedimento realizado. Portanto, devem ser declarados nulos os elementos produzidos em tais reconhecimentos, os quais não podem embasar a sentença condenatória. (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022)

Dito isso, faz-se mister questionar a validade da prisão preventiva, quando reconhecida nulidade de ordem processual. Nesse ponto, como aludido, as medidas cautelares não se prestam ao cumprimento antecipado de pena e devem guardar congruência com as normas de ordem material penal, sendo certo que o caso concreto em comento demonstra a afirmação aqui já desenvolvida, qual seja: as nulidades tem poder para macular os indícios mínimos de autoria e, via de consequência, afastar a legitimidade da prisão cautelar, razão pela qual, quando ocorrida, pode - e deve - ser reconhecida na via do Habeas Corpus.

Destarte, denota-se que os elementos de prova podem interferir na cognição na via do *writ*, uma vez que, acaso interfiram nos requisitos

indispensáveis a segregação cautelar, devem ser avaliados, sob pena de que não seja cessado verdadeiro constrangimento ilegal sofrido pela parte. Registre-se, por oportuno, trecho do voto proferido pelo relator, especificamente no que tange a ilegitimidade na manutenção da prisão preventiva ante a clara ocorrência de nulidade, *in verbis*:

[...] Ademais, existem temas que inerentemente demandam análise de elementos que constem nos autos. Por exemplo, como se pode examinar a existência de *fumus commissi delicti* para uma prisão preventiva sem verificar os fundamentos fáticos que a legitimam? Portanto, a análise em sede de *habeas corpus* possui uma cognição limitada ao Tribunal ad quem. Não se trata de vedar, abstratamente, qualquer reexame fático ou probatório. Contudo, a via estreita do *habeas corpus* permite um contato limitado com a situação fática do caso concreto. Essa ação constitucional tem como objetivo tutelar direitos fundamentais do imputado, que coloquem em risco a sua liberdade ainda que indiretamente. Nesses termos, a partir dos elementos juntados aos autos e, especialmente, dos fundamentos assentados nas decisões dos juízos anteriores, deve-se verificar a ocorrência de ilegalidade de modo a garantir-se a proteção efetiva dos direitos fundamentais no processo penal. (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022)

Aliás, sendo parte central da resolução do caso, a ausência de requisitos à prisão cautelar também restou delimitada na ementa do acórdão proferido, o qual teve por desempate voto do presidente ministro Nunes Marques, que acompanhou o voto do relator e do ministro Edson Fachin. Os ministros André Mendonça e Ricardo Lewandowski foram vencidos, sendo o *Habeas Corpus* conhecido e

provido para conceder a ordem e absolver o réu pela inexistência de provas lícitas capazes de evidenciar sua autoria delitiva.

A propósito, frise-se:

[...]3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria. (RHC 206846, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 24-05-2022 PUBLIC 25-05-2022)

Logo, há que se concluir que a regra do não conhecimento na via da ação mandamental, no que concerne às questões de cunho naturalmente probatórias, não pode funcionar como prerrogativa à relativização de situações que, por efeito da codependência processual, influem na averiguação de eventual constrangimento ilegal suportado. Dessa forma, cabe ao julgador analisar cada hipótese de maneira individualizada, abstando-se de entendimentos generalizados, os quais, lamentavelmente, podem corroborar para a continuidade de atos ilegais praticados, em virtude do emprego de conclusões que, de tão reiteradas, passam a ser mecânicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do exposto, observa-se que o Habeas Corpus é uma ação constitucional própria a defesa, a qual apetece interromper constrangimento ilegal gerado por ato de autoridade judiciária. Assim, pode impetrar Habeas Corpus toda e qualquer pessoa que tenha sua

liberdade cerceada sob fundamentação que acredita ser equivocada ou, de outro modo, consiga demonstrar o iminente risco de que isso ocorra.

Por esse motivo, a ação em exame detém especial importância no desenrolar das demandas no judiciário brasileiro, já que é capaz de afastar a segregação em qualquer momento da fase pré-processual ou da processual e obstar a eficácia de decisão que determine o acautelamento provisório, razão pela qual deve ser avaliada com especial atenção. Nada obstante, em que pese sua relevância para manter o zelo e a fiscalização da efetividade dos princípios constitucionais, esta via não suporta, via de regra, análise probatória, devendo a petição inicial limitar-se a pontuar o ato que gerou o constrangimento e fazer prova dele.

Desta feita, não se aplica quando existir recurso próprio ao deslinde da questão, salvo quando verificado abuso de poder capaz de conduzir a ordem de ofício, como autorizado pelo artigo 654, §2º, do Código de Processo Penal. Todavia, o processo é um caminho dinâmico e interligado, sendo certo que, não raras vezes, os atos integram-se reciprocamente, tornando impossível desatrelar o exame fático próprio a instrução criminal e razão para a impetração do Habeas Corpus.

Deveras, embora não se discuta teses que remontam a apuração aprofundada de autoria ou materialidade, o julgamento deve diferenciar com cautela aquilo que representa a autoria e a materialidade que deverá ser discutida em via própria, daquilo que interfere nos indícios mínimos tratados pelo artigo 312, do Código de Processo Penal, sem os quais, ressalte-se, a prisão torna-se avessa ao ordenamento.

É imperioso trazer à realidade material a excepcionalidade do cerceamento da liberdade já exaustivamente expressa por lei, de maneira que importe mais a análise correta da repressão do direito fundamental de ir e vir, do que a mera formalidade mecanizada do não conhecimento. Sem dúvidas, há nulidades de ordem processual usualmente debatidas na via de cognição originária que, quando

levadas ao debate em sede de Habeas Corpus, ensejam a concessão da ordem, tendo em vista o reconhecimento da prática ilegal.

Ora, uma vez observada a nulidade dos procedimentos que culminaram no encontro dos indícios de autoria e materialidade, maculada está a prisão, já que inexistindo provas capazes de justificá-la e, frise-se, fundamentá-la, a liberdade é a regra. Conclui-se, então, que o não conhecimento na via do Habeas Corpus não pode inviabilizar que seja sustado o ato ilegal, podendo eventualmente ser necessário o conhecimento da demanda e o exame das provas, se essas se confundirem ou comprometerem os requisitos mínimos da segregação cautelar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: <Constituição.> Acesso em: 14 abr. 2023.

----- **Decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em:<Del3689Compilado>. Acesso em: 16 mar, 2023.

----- **Superior Tribunal de Justiça.** AgRg no RHC n. 157.986/RS. Agravo regimental no recurso em habeas corpus. Lavagem de dinheiro. Corrupção ativa. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Persecução penal baseada apenas em denúncia anônima com dados sigilosos. existência de investigação prévia. Provas independentes. Não utilizados dados acobertados pelo sigilo. Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), Sexta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 10/5/2023. Disponível em:<<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15359193126&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 jun, 2023.

----- **Superior Tribunal de Justiça.** AgRg no HC 786748 /SP. Agravo regimental no habeas corpus. Recurso ministerial. Tráfico de drogas. Busca domiciliar desprovida de mandado judicial. Justa causa não evidenciada por material apreendido em via pública. Presença de ilegalidade. Agravo defensivo. Contaminação de prova. Nulidade de todo o material apreendido. Relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFR), Sexta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023. Disponível em:<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203753865&dt_publicacao=12/06/2023>. Acesso em: 30 jun, 2023.

----- **Superior Tribunal de Justiça.** AgRg no RHC 166598/RO. Agravo regimental no recurso em habeas corpus. Tráfico. Reiteração de pedido. Não ocorrência. Prisão preventiva e invasão de domicílio.

Fundamentação contraditória do decreto prisional. Cassação. Agravo regimental não provido. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201881449&dt_publicacao=21/12/2022>. Acesso em: 04 jul, 2023.

----- **Superior Tribunal de Justiça.** HC 695929 / SP. Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento. Execução penal. Falta grave. Envio de drogas por correio. Modalidade sedex. Absolvição. Responsabilidade penal objetiva. Fato de terceiro. Falta de provas in casu. Constrangimento ilegal evidenciado. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício. Relator Ministro Jesuino Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202103076183&dt_publicacao=15/12/2021>. Acesso em: 20 de mai, 2023.

----- **Supremo Tribunal Federal.** RHC nº 206.846/SP. Conhecimento. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o manejo excepcional do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal, em casos de manifesta ilegalidade. Condenação fundamentada exclusivamente no reconhecimento fotográfico, embora renovado em Juízo, ambos em desacordo com o regime procedimental previsto no art. 226 do CPP. Superação da ideia de “mera recomendação”. Tipicidade processual, sob pena de nulidade. 1. O reconhecimento de pessoas, presencial ou por fotografia, deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime e para uma verificação dos fatos mais justa e precisa. 2. A inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita, de modo que tal elemento não poderá fundamentar eventual condenação ou decretação de prisão cautelar, mesmo se refeito e confirmado o

reconhecimento em Juízo. Se declarada a irregularidade do ato, eventual condenação já proferida poderá ser mantida, se fundamentada em provas independentes e não contaminadas. 3. A realização do ato de reconhecimento pessoal carece de justificação em elementos que indiquem, ainda que em juízo de verossimilhança, a autoria do fato investigado, de modo a se vedarem medidas investigativas genéricas e arbitrárias, que potencializam erros na verificação dos fatos. Recurso em habeas corpus provido, para absolver o recorrente, ante o reconhecimento da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de provas independentes de autoria. Relator GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 22/02/2022, DJe de 25/05/2022. Disponível em: < [RHC 206846 / SP](#) >. Acesso em: 10 jul, 2023

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Habeas Corpus Criminal nº 1.0000.22.294307-8/000. Habeas corpus - divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia e perseguição ilegalidade no flagrante - questão superada - demora na realização de audiência de custódia - mera irregularidade - regoação preventiva - presença dos requisitos autorizadores para a segregação cautelar - artigos 312 e 313, ambos do cpp - decisão devidamente fundamentada - condições pessoas favoráveis - irrelevância - desproporcionalidade da medida extrema - não ocorrência - constrangimento ilegal não evidenciado - ordem denegada. Relatora: Des. Maria das Graças Rocha Santos, 9ª Câmara Criminal Especializa, julgamento em 15/02/2023, publicação da Súmula em 15/02/2023. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.22.294307-8%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 30, jul 2023.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Habeas Corpus Criminal nº . Habeas corpus - tráfico de drogas - prisão preventiva - ausência de indícios suficientes de autoria - custódia cautelar

não autorizada - constrangimento ilegal demonstrado. Relator Des.(a) Marcos Flávio Lucas Padula , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/03/2023, publicação dasúmulaem21/03/2023. Disponível em:<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcor dao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.23.047707-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 12, jun 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: vol. único. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *Ebook*.

MOSSNI, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos modelos de petição Jurisprudência atualizada. 9.ed. São Paulo: Manole, 2013. *Ebook*.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2023. *Ebook*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**.3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. *Ebook*.

CRÉDITOS NÃO SUJEITOS À RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL.

*Abdiel N. Ciprian*⁶⁴

RESUMO: O objetivo deste artigo é detalhar minuciosamente citando quais os créditos que não são sujeitos à recuperação extrajudicial e judicial a luz da legislação em vigor.

Além disso, abordaremos também o conceito de cada crédito e qual a sua origem antes do procedimento da recuperação extrajudicial e judicial.

Analisaremos também, no presente trabalho, que os credores dessas categorias receberam um tratamento mais benéfico que o dispensado às demais por parte do legislador.

Os créditos que não se sujeitam à recuperação extrajudicial e judicial são: os oriundos de proprietários fiduciários de bens móveis ou imóveis; arrendadores mercantis; proprietários ou promitentes vendedores de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias; de proprietários em contratos de venda com reserva de domínio; de adiantamento a contratos de câmbio e os créditos fiscais.

Palavras chaves: Recuperação extrajudicial; recuperação judicial; créditos.

64 fundador e CEO do Ciprian Advogados Associados; Advogado na área do Direito Empresarial – Direito Societário, Falência, Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial, Contratos Empresariais, Títulos de Crédito e de Criptolaw desde 2017, quando iniciou representando inúmeras empresas. Parecerista. Autor de artigos jurídicos publicados em revistas especializadas (Grupo Gen, Migalhas, JusBrasil, Portal do Fomento e JOTA). Bacharel em Direito pela Universidade Paulista – UNIP, de São José do Rio Preto, SP. Pós-Graduando em Contratos Empresariais e Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, PR; membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/SP subseção 22^a, palestrante, CEO e/ou Diretor Jurídico de algumas empresas; Partner do Instituto Brasileiro de Franchising; Membro na ANPPD® - Associação Nacional dos Profissionais de Privacidade de Dados; Membro da ABPI - Associação Brasileira de Propriedade Intelectual.

INTRODUÇÃO

É sabido que em nossa sociedade e no mundo jurídico o tema recuperação extrajudicial e judicial de origem estrangeira vem aumento em nosso país, de modo a não deixar imune qualquer empresa de passar por este procedimento.

O direito não deixou de lado nenhuma profissão, cabendo aos profissionais liberais (advogados, economistas, contabilistas e administradores judiciais) à responsabilidade em colaborar com as empresas que venham a passar e sofrer com a tão temida recuperação extrajudicial e/ou judicial.

O presente trabalho vai abordar a recuperação extrajudicial e judicial, de modo que, atualmente, os empresários e as sociedades empresárias estão passando por este procedimento por conta de má gestão, gerando assim, uma crise econômico-financeira.

Com isso, o instituto da recuperação extrajudicial e/ou judicial, tem alcançado um alto índice de ações extrajudiciais e judiciais, visando o equilíbrio econômico-financeiro dessas empresas e evitando a falência.

Sabemos que este ramo empresarial é de suma importância no Direito Brasileiro, pois, propicia ao empresário, através da lei muitos benefícios que colaboram para a continuidade da sua atividade empresarial.

E ainda, considerando que em regra a obrigação da recuperação extrajudicial e/ou judicial é para permitir a manutenção da fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e do interesse dos credores, para promover, a preservação da empresa, sua função social e estimular à atividade econômica, conforme o que estabelece a lei de Falência e Recuperação Judicial (Lei n.º 11.101/2.005).

Tendo em vista que a relação entre a recuperanda e os credores é estabelecida por obrigações, a recuperação extrajudicial e judicial impõe ao profissional do direito uma atuação com maior cautela, dedicação e amparo jurídico neste procedimento.

Diante desta realidade, abordaremos à recuperação extrajudicial e judicial, analisando mais detalhadamente os créditos não sujeitos à recuperação extrajudicial e judicial, conceituando-os e, justificando-os conforme a Lei de Recuperação Judicial.

1. RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL

Conceito

No cenário atual as atividades empresariais que passam por dificuldades financeiras recorrem à chamada recuperação extrajudicial ou judicial.

A recuperação judicial é um instituto jurídico altamente dinâmico, flexível, inovador, que trouxe ao Direito Recuperacional uma forma eficaz, para através do judiciário colaborar com a recuperação de empresas com abalos em seus sistemas econômico-financeiros.

Para tanto, nos últimos tempos, a tendência do judiciário é no sentido de não deixar que nenhuma empresa sofra Falência.

É difícil demonstrar o histórico da recuperação judicial, contudo sua evolução se deu devido à função social da empresa, pois são instituições que exercem atividade organizada, com intuito na produção e circulação de riqueza, pela produção e circulação de bens e /ou pela prestação de serviços.

Gladston Mamede define recuperação judicial como:

“A previsão, mais do que norma meramente programática, é norma principiológica, pois não só valora os interesses postos em conflito (em primeiro lugar, a manutenção da fonte produtora, ou seja, a preservação da empresa, em segundo lugar, a manutenção do emprego dos trabalhadores e, em terceiro lugar, a preservação dos interesses dos credores)” (Mamede, Gladston, 2015, p.446).

Fábio Ulhoa Coelho *define recuperação judicial como:*

“...saneamento da crise-econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.” (Coelho, Fábio Ulhoa, 2013, p. 159).

A recuperação judicial é uma das maneiras mais complexa que o empresário e a sociedade empresária pode buscar reestruturar suas dívidas apresentando um plano de recuperação que deverá ser aprovado por uma Assembleia Geral de Credores.

Já o instituto da recuperação extrajudicial tem o mesmo objetivo, mas com um procedimento mais simplificado de reestruturação de dívidas com maior celeridade, flexibilidade de negociação perante credores selecionados uma vez que a empresa recuperanda deverá submeter à homologação judicial o acordo celebrado extrajudicialmente com o consentimento dos credores que representem mais da metade dos créditos de cada classe pela redação dada pela Lei nº 14.112/2020, simplificação de quóruns para aprovação do plano ou acordo, menor custo e preservação da imagem da recuperanda, **é possível a** suspensão das ações e execuções referentes aos credores abrangidos pelo plano homologado judicialmente,

2. CRÉDITOS NÃO SUJEITOS À RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A lei 11.101/05 nos Artigos 49, § 3º e 163, § 8º, diz respeito aos créditos que não se sujeitam a recuperação extrajudicial e judicial, sendo que eles não podem ter suas condições alteradas pelo plano, por decisão da maioria, e que, por consequência, não votam nem participam do procedimento. A Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial (Lei n.º 11.101/2005) suspende todas as ações e execuções contra a empresa recuperanda por um período de 180 (cento e oitenta) conhecido como “*stay period*” dias após o deferimento

do processamento do benefício legal conforme está expresso no artigo 6º, §4º da Lei 11.101/2005.

Esses credores receberam um tratamento mais benéfico e diferenciado que o dispensado às demais pelo legislador, isto é, devido à importância econômica das atividades que este dispositivo privilegia. Sendo que a inadimplência e a perda da propriedade, nos casos amparados no § 3º do artigo 49 da Lei 11.101/05, causariam um fator de risco que, pela agilidade do capitalismo, afetaria diretamente toda a coletividade, pois seria transmitido à sociedade através do aumento dos custos do mercado, afastando-se de um dos objetivos da legislação ao qual é manter a função social da empresa (Art. 47 da Lei n.º 11.101/2.005).

A exclusão da incidência de alguns credores dos efeitos da recuperação extrajudicial ou judicial é extremamente laudável. Porém, é ampla e absoluta a possibilidade do detentor de crédito vinda dos negócios aqui descritos de fazer valer seus direitos na forma antes pactuada.

Em que pese, vislumbraremos com cautela os credores que foram excluídos pelo legislador, sob pena, de, não o fazendo, prejudicar severamente outros setores relevantes da economia.

Se assim não fosse os créditos excluídos após a distribuição do pedido de recuperação judicial ou para homologação da recuperação extrajudicial das empresas recuperandas não teriam acesso a nenhum crédito comercial ou bancário; já os créditos de garantias reais ou de posições financeiras e os bancos são excluídos para que possam praticar juros menores, cooperando com a Lei n.º 11.101/2005 para retomada do desenvolvimento econômico da empresa.

2.1. OS CRÉDITOS ORIUNDOS DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DE BENS MÓVEIS, IMÓVEIS OU CRÉDITO

Previsto nos artigos 1.361 a 1.368 da Lei 10.406/2.002 (Código Civil), os créditos oriundos de propriedade fiduciária de bens móveis,

imóveis ou de crédito é o direito que o credor possui de se tornar proprietário pleno do bem, que foi dado em garantia fiduciária, sendo esse bem móvel, imóvel ou de crédito terá uma proteção, caso a empresa recuperanda fique inadimplente.

A alienação fiduciária foi instituída pela lei nº 4.728/1.965 e em seu artigo 66 (Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento), logo após as leis que se seguiram Decreto-Lei nº 911 (Alterou a redação do artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabeleceu normas de processo sobre alienação fiduciária e deu outras providências), a Lei nº 9.514/1.997 (Dispôs sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, instituiu a alienação fiduciária de coisa imóvel e deu outras providências) e conforme já citamos o Código Civil de 2.002 trouxe em seu diploma este instituto que trouxe um valioso aporte à economia brasileira:

“A generalização do crédito ao consumidor fez com que se desse capacidade aquisitiva a determinada classe de compradores, que não a teria em condições normais, de tal modo passou a poder integrá-lo, em virtude do crédito a médio prazo, que lhes foi concedido para a realização de certas compras. Essa conquista, devida à sábia orientação do Banco Central, tornou-se um meio de evitar a recessão e de facilitar a própria industrialização, especialmente no campo dos automóveis e dos eletrodomésticos, em que não existia um consumo suficiente ou adequado para que a indústria pudesse funcionar em bases de pleno emprego, de tal modo que as providências de ordem financeira ensejaram a possibilidade de maior rentabilidade, provocando a baixa do custo operacional e até, conseqüentemente, do preço de venda de alguns artigos.”.(Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, 2009, p.345).

Após o deferimento do processamento da Recuperação Judicial ou com o deferimento da homologação de Recuperação Extrajudicial

ficará suspenso a prescrição de todas as ações e execuções em face das empresas recuperandas, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias (*stay period*), os credores não poderão alienar ou retirar do estabelecimento comercial das empresas recuperandas, os bens de capital essenciais às suas atividades empresariais, conforme estabelece o § 4º, do artigo 6º da Lei 11.101/2.005.

Convêm destacar entendimento do Acórdão nº 70046811733 (Nº CNJ: 0613967-73.2011.8.21.7000) – Apelação Cível TJ – RS:

No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência deste Grupo Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO (DL 911/69). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. FINANCIADA EM PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. INAPLICABILIDADE. CRÉDITO DE PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA QUE NÃO SE SUBMETE AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO. Considerando a exceção prevista no art. 49, § 3º da Lei 11.101/2005, o crédito correspondente à propriedade fiduciária não se submete aos efeitos da recuperação judicial, motivo pelo qual procede o ajuizamento da ação de busca e apreensão. Outrossim, restando devidamente constituído a devedora em mora, através da prévia notificação extrajudicial, comprovada nos autos, permanecendo o débito, resta mantida a sentença que julgou procedente a Ação de Busca e Apreensão. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70044439131, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 11/10/2012).”

Ademais, passando-se o prazo de 180 (cento e oitenta) dias (*stay period*) após o deferimento do processamento da Recuperação Judicial ou da homologação da Recuperação Extrajudicial, caso as empresas

recuperandas continuem em mora, os credores poderão ingressar com o pedido de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente comprovando que a empresa recuperanda está em mora, e deverá notificar o devedor dispensando o valor do débito.

Conforme está previsto nas Súmulas do STJ:

“Súmula 245. A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito.

“Súmula 72. A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

2.2. TRAVA BANCÁRIA

As instituições financeiras com o intuito de colaborar para o desenvolvimento econômico das empresas, financiam o capital de giro de seus clientes (empresários e sociedades empresárias), por exemplo, contragarantia fiduciária. E tomando como premissa este exemplo, quando a empresa se encontra em crise de liquidez, para recuperar seu capital de giro, oferece em garantia créditos futuros que será realizado através de um refinanciamento. Algo bastante arriscado para a empresa, pois a chance dela enfrentar uma crise econômico-financeira fazendo com que ela necessite passar pelo procedimento da recuperação extrajudicial ou judicial é enorme.

Quando analisamos o artigo 49, § 3º da Lei 11.101/2005, nós vemos que o banco é incluído como beneficiário da cessão fiduciária dos recebíveis, ou seja, cessão de créditos eventuais e futuros. Aqui nos importa ressaltar que estes recebíveis são oriundos dos negócios que a empresa que está em crise continua a desenvolver, mas isto só é possível se a empresa fizer a refinanciamento do seu capital de giro. Quando estes recebíveis ficam indisponíveis à empresa, são denominados como “trava bancária”.

A este respeito analisemos a Súmula 62 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Na recuperação judicial, é inadmissível a liberação de travas bancárias com penhor de recebíveis e, em consequência, o valor recebido em pagamento das garantias deve permanecer em conta vinculada durante o período de suspensão previsto no § 4º do art. 6º da referida Lei.”

Sendo assim, após o deferimento da recuperação judicial a lei prevê que os bens de capital essenciais ao desenvolvimento do empreendimento (artigo 6º, Lei n.º 11.101./2005) devem permanecer na administração da empresa em recuperação judicial por um prazo de 180 (cento e oitenta) dias (*stay period*). No caso em tela, caberá ao juízo do processo recuperacional/universal, analisar se os recebíveis são ou não importantes e indispensáveis para o plano de recuperação judicial, caso o juízo veja a necessidade de bloquear os ativos que correspondem aos recebíveis (medida que favorecerá parcialmente o devedor em crise) ou de liberar os recebíveis para que o credor execute a garantia até o limite de seu crédito.

A trava bancária deve ser removida para que haja um bom andamento da recuperação judicial, tendo em vista, que este instituto visa o princípio da preservação da empresa.

2.3. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE CRÉDITO

Na cessão fiduciária de crédito, um dos contratantes cede o seu crédito diante de terceiros ao cessionário, este terá a titularidade fiduciária, também terá a posse direta e indireta do documento, para obter a garantia ao cumprimento de uma obrigação.

O artigo 55 da Lei 10.931/2004, diz que:

“Art. 55. A Seção XIV da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

§ 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997.

§ 5º Aplicam-se à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei os arts. 1.421, 1.425, 1.426, 1.435 e 1.436 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

§ 6º Não se aplica à alienação fiduciária e à cessão fiduciária de que trata esta Lei o disposto no art. 644 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.» (NR).

Cabe ressaltar que o cessionário também deverá aguardar o prazo de 180 (cento e oitenta) dias (*stay period*) conforme estabelece o artigo 49, § 4º, da Lei n.º 11.101/2.005, não podendo neste prazo ser tirado do estabelecimento comercial os bens que sejam essenciais à atividade empresarial da empresa recuperanda; e não cabe ao cessionário dizer quais bens são essenciais à atividade empresarial, mas, o Juízo Universal que conduz o processo de recuperação extrajudicial ou judicial que analisará após o prazo, se realmente deverá cumprir com a garantia fiduciária ou se manterá os bens essenciais para não prejudicar a empresa e cumprir com o Princípio da Preservação da Empresa (Artigo 47, caput, 11.101/2005).

2.4. ARRENDADOR MERCANTIL/LEASING

O contrato de arrendamento mercantil/leasing consiste no instrumento jurídico firmado entre arrendador, pessoa jurídica, proprietário de bens duráveis e o arrendatário, pessoa física ou jurídica, que terá o direito de usufruir do bem arrendado por prazo determinado com a opção de compra ao final da avença.

Este crédito é oriundo da Lei nº 6.099/ 1974 (dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil e de outras providências) que foi modificada pela Lei n.º 7.132/1983 que permitiu o *leasing* entre pessoa jurídica e pessoa física e jurídica. Esta modalidade de crédito é subordinada ao controle e fiscalização do Banco Central.

O *leasing* é para a economia uma grande relevância econômica:

“Desenvolveu-se a economia, abrindo-se nova forma de financiamento, novos negócios bancários (os bancos

suprem as empresas do leasing), novas fontes de venda de equipamentos (comprados pelas empresas de leasing), seguros de materiais, enfim, melhorias gerais. Para o usuário, o capital de é poupado. Para as empresas de leasing, há novos campos de trabalho, como economistas, engenheiros, advogados, auxiliares de escritório e todo o pessoal de serviço que costuma ser usado pelas empresas de arrendamento mercantil. Para o governo há novas fontes tributárias.” (Arnold Wald, Obrigações e Contratos, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 681).”

Conforme a Resolução n.º 2.309/96 do Banco Central em seus artigos 5º, 6º e 23, temos três hipóteses de arrendamento mercantil, que são: o financeiro; o operacional; e o *lease-back*.

No arrendamento mercantil financeiro a obrigação do arrendatário e os demais pagamentos previstos em contrato, são suficientes para a arrendadora recuperar o custo do bem arrendado durante a vigência do contrato e receber de volta os recursos investidos; todas as despesas nesta espécie de arrendamento mercantil ficam a cargo da arrendatária, o preço pode ser acordado livremente, e poderá ser comprado até pelo valor de mercado do bem.

No arrendamento mercantil operacional a obrigação do arrendatário são apenas o custo do arrendamento e os serviços para a disponibilização do bem, porém, não ultrapassará o pagamento de 75% do custo do bem arrendado; as despesas podem ficar tanto a cargo da arrendadora como do arrendatário e o preço para a compra é o valor de mercado.

No arrendamento mercantil *lease-back* o arrendatário detém a propriedade do bem que vai ser arrendado, pois este mesmo bem vai ser vendido sem desfaltar seu estabelecimento, recebendo assim o bem em arrendamento. O arrendatário tinha a posse do bem como proprietário e, sem interrupção, continua na posse, mas na qualidade de arrendatário.

2.5. PROPRIETÁRIO OU PROMITENTE VENDEDOR DE IMÓVEL

Nesta espécie de crédito que também não se submete ao plano recuperacional, a empresa recuperanda possui como promitente comprador o direito real à aquisição, para tanto, deverá cumprir o contrato para ter o direito de propriedade plena sobre o bem conforme o que estabelece o Artigo 1.417 do Código Civil.

Acerca deste tema, analisaremos os ensinamentos de Francisco Eduardo Loureiro:

“Na lição de Orlando Gomes, o compromisso de compra e venda “pertence à categoria dos contratos preliminares. Costuma-se defini-lo como o contrato pelo qual as partes contraíram a obrigação de estipular contrato definitivo de compra e venda” (Contratos, 12. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 264). Arremata o autor, apoiado por José Osório de Azevedo Júnior, que se trata de contrato preliminar impróprio, porque não há emissão de duas autênticas manifestações de vontade, uma no contrato preliminar e a outra no contrato definitivo. Na verdade, toda a carga negocial se encontra concentrada no contrato preliminar, sendo que no segundo contrato vai haver apenas reprodução da mesma vontade, já manifestada anteriormente. Tanto isso é verdade que os poderes federados do domínio – jus utendi e fruendi – se acham concentrados nas mãos do promitente comprador. Até mesmo parte dos jus abutendi é transferida, porque pode haver a cessão de direitos pelo trespasse. A propriedade permanece em mãos do promitente vendedor como mera garantia do pagamento do preço e, após o pagamento, escritura definitiva nada mais é do que ato devido, para extinguir obrigação. Por isso, gradualmente foram deslocados no momento da escritura para o momento do contrato inicial todos os efeitos do negócio jurídico. Tomem-se como exemplos os vícios de consentimento, inclusive a fraude contra credores, a venda a descendente, a preferência do locatário, a morte do mandante, que

não extingue o mandato para a prática do ato, justo título para usucapião ordinário, e mesmo as ações de imissão de posse e reivindicatória, todas elas adotando como base o compromisso de compra e venda, e não a escritura definitiva (AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. “Compromisso de compra e venda.” In: Contratos nominados, doutrina e jurisprudência, coord. Yussef Said Cahali. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 282).”

O promitente comprador deverá registrar no registro de imóveis este compromisso, para que quando houver a quitação, possa realizar a adjudicação do bem. Devemos ressaltar que esta espécie de contrato deverá conter cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias. Caso contrário não haja cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, o contrato deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis, tendo em vista que estas regras de irrevogabilidade ou irretratabilidade, provêm de proteção legal dada ao adquirente do imóvel.

O Decreto-Lei nº 58/1937 (Loteamento e venda de terrenos para pagamento em prestações) e a Lei nº 6.766/1979 (Parcelamento do solo urbano) não admitem cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade.

2.6. DE PROPRIETÁRIO EM CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO

A compra e venda com reserva de domínio é prevista no artigo 521 do Código Civil, que assim expõe: *“Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago”*.

Esta modalidade de contrato é muito utilizada no comércio, em vendas a prestação, onde há o desdobramento da posse, pois o comprador tem a posse direta da *rés*/coisa enquanto o vendedor tem a posse indireta, sendo que ainda é proprietário (por exemplo, compra

de eletrodoméstico com pagamento do preço em noventa dias após o contrato).

Conforme já vimos no sub tópico 2.1 sobre o crédito oriundo de alienação fiduciária (Lei 9.514/65), e sabendo que a reserva de domínio é apenas para bens móveis. A alienação fiduciária era realizada apenas para pessoa jurídica, mas com o advento do artigo 1.361 do Código Civil, não existe mais esta exceção, sendo que a alienação pode ser tanto para pessoa física quanto para pessoa jurídica, aproximando assim a reserva de domínio. Vale dizer que, a prisão civil no contrato com reserva de domínio não é objeto de discussão, pois o comprador não é figurado como depositário, desfigurando o que preconiza o artigo 652 do Código Civil em caso de inadimplemento.

Por outro lado, vemos que o contrato com reserva de domínio e o arrendamento mercantil/leasing, possuem também uma certa proximidade no que cerne as contraprestações, pois no primeiro o pagamento das prestações será da compra pelo valor do bem, não existindo assim o valor residual garantido, já no arrendamento mercantil/leasing as contraprestações possuem natureza de aluguel e para obter a propriedade ao final do contrato o arrendatário deverá pagar o valor residual garantido.

Analisando um Acórdão, vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL. LIMINAR. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DÚVIDA ACERCA DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRAZO DE SUSPENSÃO DE 180 DIAS EXCEDIDO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. MANUTENÇÃO DOS BENS OBJETO DO CONTRATO NA POSSE DO DEVEDOR. EXCESSO DE PRAZO NÃO ATRIBUÍVEL AO DEVEDOR.

1. Nos termos do art. 49, 3º, da Lei 11.101/2005, o credor titular da posição de proprietário em contrato de compra e venda com reserva de domínio não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial,

sendo vedada, porém, a retirada dos bens objeto do contrato do estabelecimento do devedor, no prazo de 180 dias a que alude o art. 6º, 4º, da mesma lei.

2. Essa proibição de retirada dos bens do estabelecimento do devedor tem como objetivo manter a atividade produtiva da sociedade ao menos até a votação do plano de recuperação judicial.

3. No caso dos autos, como o processamento da recuperação judicial foi deferido em 14.10.2010, o prazo de 180 dias previsto na Lei de Falências já se esgotou. Cumpre frisar, porém, que o escoamento do prazo sem a apresentação do plano de recuperação judicial não se deveu a negligência da suscitante, mas sim à determinação da suspensão do processo de recuperação em vista de dúvida surgida acerca da competência para o julgamento do feito.

4. Diante disso, como não se pode imputar à sociedade recuperanda o descumprimento do prazo de 180 dias, e tendo em conta que o deferimento imediato do pedido de busca e apreensão coloca em risco o funcionamento da sociedade e o futuro plano de recuperação judicial, já que os bens objeto do contrato de compra e venda com reserva de domínio, no caso, são o “coração de uma usina de açúcar e álcool”, mostra-se correta a manutenção dos referidos bens na posse da suscitante, até ulterior deliberação.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AgRg no CC 119337 MG 2011/0241236-2).”

2.7. CRÉDITO DE ADIANTAMENTO A CONTRATO DE CÂMBIO

Os valores decorrentes de adiantamentos a contrato de câmbio para exportação (ACCs) está previsto no § 4º, artigo 49 da Lei 11.101/2005 outro crédito que também não se sujeita ao plano de

recuperação extrajudicial ou judicial e muito menos a falência, pois pode ser pleiteado como restituição (Artigo 86, II, Lei n.º 11.101/2.005).

O contrato de adiantamento a contrato de câmbio é um valor adiantado por uma instituição financeira ao empresário ou sociedade empresária, para que o mesmo utilize esse dinheiro para exportação de mercadorias. Quando o pagamento for realizado em moeda estrangeira, o valor que entrar servirá para quitar o valor que anteriormente foi adiantado pela instituição financeira. Gerando assim, confiança e estabilidade para os financiadores da atividade de exportação.

A respeito deste tema, observemos:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. COTEJO INEXISTENTE. CESSÃO FIDUCIÁRIA DE TÍTULOS E CRÉDITOS DECORRENTES DE ADIANTAMENTO DE CONTRATO DE CÂMBIO NÃO SE SUJEITAM AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

(...)

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que os créditos decorrentes de arrendamento mercantil ou com garantia fiduciária - inclusive os resultantes de cessão fiduciária - não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial.*

3. *Conforme entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 49, § 4º, da Lei n.º 11.101/05, estabelece que o crédito advindo de adiantamento de contrato de câmbio não está sujeito aos efeitos da recuperação judicial.*

(...)

5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1306924/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 12.08.2014, Dje de 28.08.2014).”

2.8. CREDORES FISCAIS

Em relação aos créditos fiscais que está previsto no artigo 57 da Lei n.º 11.101/2005, que diz: *“Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia-geral de credores ou decorrido o prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da relação sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos artigos: 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”*. Exige-se através destes dispositivos que a empresa apresente a certidão negativa de débitos tributários (federais, estaduais e municipais) para que o pedido de recuperação extrajudicial ou judicial seja deferido, ou seja, a empresa deve estar em dias com os seus débitos tributários, o que leva-nos a entender que esta espécie de crédito não se submete ao plano de recuperação extrajudicial ou judicial.

Ao analisarmos o artigo 68 da Lei n.º 11.101./2005, vemos que ela estabelece assim: *“As Fazendas Públicas e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS poderão deferir, nos termos da legislação, específica, parcelamento de seus créditos, em sede de recuperação judicial, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Lei 5.172/1966 - Código Tributário Nacional”*. A Lei complementar 147/2014 acrescentou um parágrafo ao artigo 68 da Lei 11.101/2005, da seguinte maneira: *“as microempresas e as empresas de pequeno porte farão jus a prazos de 20% (vinte por cento) superiores àqueles regularmente concedido às demais empresas.”*

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência afirmam a necessidade de uma legislação específica para tratar do parcelamento de créditos fiscais, em relação a recuperação judicial. Com base nesse entendimento o Enunciado 55 do Conselho de Justiça Federal, teve o seguinte entendimento: *“O parcelamento do crédito tributário na recuperação judicial é um direito do contribuinte, e não uma faculdade da Fazenda Pública, e, enquanto não for editada lei específica, não é cabível a aplicação do disposto no artigo 57 da Lei 11.101/2005 e no artigo 191-A do Código Tributário Nacional.”*

2.9. CRÉDITOS COM EXCLUSÃO PARCIAL

O artigo 49, §5º da Lei n.º 5 11.101./2005 mostra que o legislador cuidou de deixar nítido quais créditos poderão ter exclusão parcial na recuperação judicial, as quais são: *“penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários”*. Estes créditos estão submetidos ao plano de recuperação judicial, porém eles devem cumprir o prazo de 180 (cento e oitenta) dias (*stay period*) e recebem uma proteção específica tendo em vista que se exige o depósito do valor correspondente na conta que estiver vinculada ao juízo universal da recuperação judicial.

Na obra (Felipe, Salomão, Luis; Penalva, Santos, Paulo. – Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência. p. 240. 2015) apresentam a distinção entre as duas figuras:

“A possibilidade de busca e apreensão e de venda extrajudicial do bem consiste em instrumento de recuperação do crédito muito mais eficiente do que a propositura de ação de execução, seguida de penhora e futura execução judicial e da dificuldade de excussão no âmbito desse processo do bem empenhado e, posteriormente, penhorado. É verdade que, com as reformas empreendidas nos anos de 2000 em relação ao processo de execução, este viu revigorada sua força como instrumento de recuperação de crédito. Ainda assim, a possibilidade da venda extrajudicial do bem, propiciada pela alienação fiduciária, torna-a a um instrumento dotado de maior segurança e celeridade para o credor.”
“A eficiência da alienação fiduciária como instrumento de recuperação de crédito apresentou (e apresenta) claros reflexos quanto ao volume e custo de crédito disponível. Há dados estatísticos a demonstrar que, historicamente, no Brasil, as menores taxas de juros verificam-se justamente na concessão de empréstimos garantidos por alienação fiduciária. As taxas menores estão, ainda, relacionadas a bens que podem ser facilmente objeto de busca e apreensão

e que são dotados de liquidez elevada (Cf. OZAA, 2009). É esse, por exemplo, o caso da alienação fiduciária de automóvel.”

“A eficiência da alienação fiduciária como instrumento de repercussão de crédito, alienada à baixíssima eficiência do processo de execução, verificada especialmente antes das reformas empreendidas nos anos 2000, levou a uma progressiva ampliação do âmbito de aplicação do primeiro instituto.”

“Primeiro, a Lei nº 9.514/1997 estendeu a alienação aos bens imóveis, permitindo, ainda, com relação a tais bens, que no polo ativo da relação figurem não apenas instituições financeiras. A ideia subjacente foi propiciar um instrumento mais eficiente de recuperação de crédito, fomentando a concessão de crédito no mercado imobiliário.”

“Posteriormente, o Código Civil trouxe normas gerais a respeito da propriedade fiduciária (artigos 1.361 a 1.368) e, recentemente, a Lei nº 10.391/2004 veio ampliar de forma ainda mais considerável o âmbito de aplicação do instituto, ao estendê-lo a todos os bens móveis e direitos, inclusive fungíveis, no mercado financeiro e de capitais (artigo 55). Foi com a Lei nº 10.931/2004 que surgiu, portanto, a possibilidade da cessão fiduciária de direitos de crédito.”

(...)

“O penhor de direitos e títulos de crédito está disciplinado nos artigos 1.451 a 1.460 do Código Civil e permite ao credor pignoratício cobrar os créditos empenhados diretamente dos respectivos devedores, utilizando o produto obtido para pagamento de seu crédito e devolvendo ao devedor pignoratício o eventual saldo remanescente.”

“Trata-se, portanto, de uma hipótese de auto liquidação ou de liquidação extrajudicial da dívida, idêntica à que ocorre no caso de cessão fiduciária de créditos.”

“De fato, também na cessão fiduciária de direitos de crédito pode o credor receber diretamente dos devedores o pagamento dos créditos alienados fiduciariamente, devolvendo-se ao devedor da relação principal o eventual

saldo remanescente (artigo 66-B, §4º, Lei 4.728/1965, com redação determinada pela Lei nº 10.931/2005, c. c artigos 18 a 20 da Lei nº 9.514/1997).”

Não havendo diferença substancial (se é que existe alguma) entre os meios para recuperação de créditos objeto de penhor ou de cessão fiduciária, como antes demonstrado, o que justificaria o crescente aumento do volume de créditos concedidos sob a segunda modalidade e a proporcional redução da utilização da primeira? De fato, é notável o aumento da frequência com que é utilizada a cessão fiduciária de direitos de créditos como garantia nos financiamentos, inclusive, nas operações de capital de giro, e a utilização cada vez mais rara do penhor de direitos de crédito, modalidade anteriormente dominante nessa forma de financiamento (Cf. OZAWA, 2009).

A preferência pela cessão fiduciária de créditos em detrimento do penhor, ao que tudo indica, decorre exclusivamente da suposta diferença de tratamento de ambas as figuras na recuperação judicial e na falência.

Não temos ainda nenhuma jurisprudência a este respeito e nenhum julgado no Superior Tribunal de Justiça.

A citação realizada pelo doutrinador no texto transcrito a cima são de acórdãos do Rio de Janeiro e de São Paulo, sendo que alguns recursos subiram ao Superior Tribunal de Justiça.

O AG 1.193.357/SP não foi analisado por falta de peça, mas o AG 1.237.549/SP foi improvido por conta da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal.

3. CONCLUSÃO

Os créditos não sujeitos à recuperação extrajudicial e judicial têm como consequência jurídica a manutenção da fonte produtora, a função social da empresa, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, para que assim, tenhamos a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade.

Logo, se esses créditos participassem do plano de recuperação extrajudicial ou judicial, seria impossível e inviável a continuidade das atividades pelas empresas recuperandas convolando-as em falência.

Por isso que a Lei n.º 11.101/2.005 protege a empresa que ingressa com pedido de recuperação extrajudicial ou judicial pelo Princípio da Preservação da Empresa, no intuito de continuar alavancando a economia do país pagando seus impostos, cedendo empregos, aumentando seu capital e sua fonte produtora com organização, buscando o lucro e exercendo sua atividade profissional, conforme determina o Artigo 966 do Código Civil.

Cabe salientar, a importância do Administrador Judicial que busca com todos os esforços auxiliar de forma profissional, específica e muito bem-organizada a empresa que enfrenta essa situação fiscalizando todo o processamento da recuperação judicial e o cumprimento do plano de recuperação judicial e alguns caso também o cumprimento da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Na prática, os processos de empresas em recuperação judicial têm crescido demais bastante, só no Brasil em 2023 foram 3.823 recuperandas, de um total de 2,1 milhões de matrizes. Segundo o Serasa Experian, apenas 25% das empresas brasileiras conseguem sobreviver após entrar em processo de reestruturação financeira.

Embora com toda a proteção legal que existe em torno do tema, isso é bastante preocupante, pois isso mostra que a economia está enfraquecida, o comércio, o consumo, causando assim um colapso geral no mundo do Direito Empresarial.

Portanto, a exclusão destes credores do plano de recuperação extrajudicial ou judicial não é por hora no intuito de prejudicar as recuperandas, mas de colaborar incessantemente para o soerguimento das empresas, e com isso os credores podem receber seus créditos e com certeza manter o vínculo econômico e de relação de fornecedor com o devedor.

Para concluirmos este trabalho nada melhor do que citarmos alguns enunciados da I e da II Jornada de Direito Comercial, os são os seguintes:

Enunciado 42: “O prazo de suspensão previsto no artigo 6º, §4º, da Lei nº 11.101./2005 pode excepcionalmente ser prorrogado, se o retardamento do feito não puder ser imputado ao devedor”.

Este enunciado visa corroborar para o direito do devedor obter o prazo (*stay period*) de 180 (cento e oitenta dias) dias disponibilizado pela Lei para que seja suspensa as ações e as execuções contra a recuperanda, podendo ser prorrogado este prazo com o intuito de fazer com que o devedor cumpra com as suas obrigações sem que possa ter maiores prejuízos com bloqueios judiciais, arrestos e sequestros.

Enunciado 43: “A suspensão das ações e execuções previstas no artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 não se estende aos coobrigados do devedor”.

Este enunciado deixa explícito que a situação das empresas recuperandas que possuem o direito de suspensão das ações e execuções (*stay period*) não é aplicado para os coobrigados das recuperandas, porque para eles a disciplina é exatamente inversa às obrigações previstas quando estamos diante da aplicação do Código Civil, o § 1º do art. 49 da Lei nº 11.101/2.005 prevê expressamente, que a preservação de suas obrigações na eventualidade de ser deferida a recuperação judicial do devedor principal: “*Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso*”. Portanto, não há que se falar em suspensão das execuções ou ações direcionadas aos codevedores ou aos devedores solidários pelo só fato do empresa recuperanda ser sociedade cuja recuperação extrajudicial ou judicial foi deferida, pouco importando se o executado é também sócio da recuperanda ou não, uma vez não se tratar de sócio solidário.

Enunciado 51: “O saldo do crédito não coberto pelo valor do bem e/ou da garantia dos contratos previstos no § 3º do artigo 49 da Lei nº 11.101/2005 é crédito quirografário, sujeito à recuperação judicial”.

Entre os créditos excluídos da recuperação judicial aqueles que o bem e/ou a garantia dada ao credor pelo devedor não cobrirem a sua dívida, esse crédito fará parte do plano de recuperação extrajudicial judicial como crédito quirografário.

Enunciado 74: “Embora a execução fiscal não se suspenda em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, os atos que importem em constrição do patrimônio do devedor devem ser analisados pelo Juízo recuperacional, a fim de garantir o princípio da preservação da empresa”.

A Lei 11.101/2005 visa à preservação da empresa, para garantir sua função social e estimular à atividade econômica, devendo assim, o patrimônio da empresa em processo de recuperação extrajudicial ou judicial ficar sob a jurisdição da autoridade judiciária competente para o processo recuperacional e sob fiscalização e supervisão do administrador judicial. Sendo assim, conforme este enunciado qualquer ato que vise a constrição do patrimônio da empresa em recuperação extrajudicial ou judicial deve ser analisado pelo Juízo Universal, para garantir a preservação da empresa.

Enunciado 78: “O pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive fiscais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor”.

O artigo 51, inciso III da Lei 11.101/2005 não faz distinção entre os créditos sujeitos ou não à recuperação extrajudicial ou judicial. Deverá então a recuperanda apresentar em seu pedido a relação completa dos credores, mesmo que os créditos não estejam sujeitos ao plano recuperacional, algo que é de suma importância para a recuperanda, pois assim, estará cumprindo com a boa-fé objetiva, a transparência para a perfeita compreensão de sua condição econômico-financeira aos credores.

Enunciado 81: “Aplica-se à recuperação judicial, no que couber, o princípio da *par condicio creditorium*”.

O princípio da *“par condicio creditorium”* é aplicação de um tratamento igualitário entre os credores sujeitos ou não ao plano de recuperação extrajudicial ou judicial. Muito se discutiu se este princípio é aplicado apenas a falência ou se poderia ser aplicado à recuperação extrajudicial e judicial. O Tribunal de Justiça de São Paulo

se manifestou no sentido de que “*o postulado da par condicio creditorum é a pedra angular sobre a qual se assenta qualquer tipo de processo judicial de insolvência*”. Portanto, este princípio deve ser aplicado na recuperação judicial para que haja uma igualdade entre os credores para não beneficiar a nenhum e para que haja o soerguimento da empresa.

REFERÊNCIAS

PEDRO LENZA (Coord.); CHAGAS, EDILSON ENEDINO DAS. **Direito Empresarial Esquematizado**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAMEDE, GLADSTON. **Manual de Direito Empresarial**. São Paulo: Atlas, 2015.

FÁBIO ULHOA COELHO. **Comentários à Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OSMAR BRINA CÔRREA; SÉRGIO MOURÃO. **Comentários à Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Editora Forense, 2009.

SANTOS, PAULO PENALVA; SALOMÃO, LUIS FELIPE. **Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TJ RS. **Apelação Cível**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122614779/apelacao-civel-ac-70046811733-rs/inteiro-teor-122614788>>. Acesso em 15 mar 2016

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm;

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm;

<https://forbes.com.br/forbes-money/2023/07/empresas-em-recuperacao-judicial-oportunidade-ou-risco-para-investidores/>;

<https://taddeiventura.com.br/a-recuperacao-extrajudicial-como-alternativa-viavel-para-a-superacao-da-crise-empresarial-apos-a-lei-n-14-112-2020/>;

[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015141;](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=@cnot=015141)

[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114112.htm;](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114112.htm)

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AgRg no CC 119337 MG 2011/0241236-2).

A CONSTITUCIONALIDADE DA UNIÃO DE OBJETIVOS POLÍTICOS ATRAVÉS DAS COLIGAÇÕES E FEDERAÇÕES PARTIDÁRIAS

*Wilksom Vasco Francisco Lima Barros*⁶⁵

RESUMO:Esse estudo analisa o Brasil que queremos e como queremos. As eleições são (ou deveriam ser) o divisor de águas em projetos políticos. Contudo, a realidade fática é de uniões políticas carentes de projetos políticos sólidos, com utilização inidônea das coligações partidárias. O pluripartidarismo é necessário para a democracia, mas, em excesso e nos moldes brasileiros, torna-se antidemocrático e antirrepublicano. Estudar o sistema eleitoral brasileiro, entendê-lo e melhorá-lo é o único caminho viável para a criação de uma sociedade justa. E nessa busca de melhorias, urge a participação dos três Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário. Sempre com a fiscalização dos importantes órgãos fiscalizadores, como Ministério Público, Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil.

Palavras-chave: Partido Político; Coligação Partidária; Federação Partidária; Presidencialismo de Coalisão; Democracia. Pluripartidarismo.

Os partidos políticos são pessoas jurídicas instituídas a fim de fazer vencer determinados ideais em eleições, colocando a visão de estrutura de estado daquele grupo em ação, assim que ganhar um pleito (em especial, o presidencial).

É a forma lícita de união de pessoas em prol de fazer sua ideia de sociedade como a dominante na estrutura estatal. É uma tomada lícita de poder, desde que respeitadas as diretrizes republicanas e democráticas.

Seguindo tal lógica, o legislador definiu bem o partido político:

65 Delegado de Polícia Civil de Sergipe. Ex Delegado de Polícia Civil de Mato Grosso do Sul, ex Agente de Polícia Civil de Sergipe e ex Guarda Municipal de Aracaju. Pós-graduado em direito penal e direito constitucional pela Faculdade Damásio.

Lei 9.096/95

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Ou seja, não cabe somente querer vencer uma eleição com seu projeto político, há de se assegurar a democracia, o sistema representativo e os direitos fundamentais.

Vale ressaltar que os partidos são pessoas jurídicas de direito privado e não se equiparam às entidades paraestatais. Significa que não são pessoas jurídicas públicas, atuando independente do Estado. No mesmo sentido é o Código Civil:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

(...)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

(...)

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

Em síntese, partido político é uma entidade formada pela livre associação de pessoas, com ideologia em comum (ou deveria – justamente o ponto debatido neste estudo). Objetiva tomar o poder do Estado por meio de eleições, através do regime democrático.

Os filiados têm em comum os mesmos princípios filosóficos, sociais e doutrinários.

Com o intuito de vencer as eleições, até 2017, os partidos realizavam coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas. Neste último caso, poderia formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

Neste sentido era a Lei 9504/97 e a Constituição Federal antes da reforma:

CF

Art. 17.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Lei 9504/97

Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligação para a eleição proporcional dentre os partidos que integram a coligação para o pleito majoritário.

Em 2017, o constituinte derivado alterou a Carta Magna e proibiu coligação partidária para eleições proporcionais, só se permitindo para eleições majoritárias. Em 2021, a lei 9504/97 se adequou à mudança, já que estava não recepcionada em seu texto anterior (grifo meu):

CF

Art. 17.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha **e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais**, sem obrigatoriedade

de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 97, de 2017)

Lei 9504/97

Art. 6º É facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscrição, celebrar coligações para eleição majoritária. (Redação dada pela Lei nº 14.211, de 2021).

Essa mudança surge para corrigir erros e “estelionatos” eleitorais. Existiam uniões meramente ocasionais e eleitoreiras, em busca de cargos futuros na gestão possivelmente eleita e menosprezando a boa-fé do eleitor.

Isaac Kofi Medeiros⁶⁶ esclarece sobre a ingovernabilidade deste modelo no Brasil. Havia muitos partidos com representações no parlamento, tornando toda e qualquer aprovação legislativa uma soma de arranjos políticos díspares – sendo muitos com interesses escusos. Piora quando se tenta uma emenda constitucional, com seu quórum qualificado de três quintos dos votos em dois turnos. Cita-se:

O Brasil tem partidos demais. Isso, por si só, não é um problema. O problema é que o Brasil possui mais de 20 partidos com representação parlamentar em nível federal, característica que torna o sistema político fragmentado e de difícil coordenação. Ingovernável, se quisermos esticar um pouco o argumento. Claro que não precisamos recorrer a um bipartidarismo radical como ocorre nos Estados Unidos, mas algo em torno de seis a oito partidos é suficiente para representar razoavelmente as diferenças ideológicas de uma sociedade como a nossa. Essa quantia está

66 MEDEIROS, Isaac Kofi. O que são federações partidárias e como elas podem impactar as eleições. 2021. <https://www.conjur.com.br/2021-out-10/medeiros-federacoes-partidarias-impacto-eleicoes>. Acesso em 25/10/2023.

próxima do sistema alemão, tido por muitos como referência em termos de estabilidade governamental.

Assim, há coalizões partidárias sem debate de ideias e projetos políticos. Ganha exacerbada relevância os partidos do chamado “centrão”, que buscam cada vez mais emendas parlamentares independentes e cargos para seus apadrinhados. Sendo, inclusive, oportunidades para criação de grandes redes de corrupção – apesar de não ser a única causa.

Vejamos as regras idealizadas para as coligações para funcionarem como verdadeiros impulsos democráticos. A forma ideal (mas longe da realidade) de um sistema saudavelmente pluripartidária.

A coligação tem denominação própria, podendo ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram. A coligação tem as mesmas prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

Ressalte-se que, para evitar confusões e guerras eleitorais antidemocráticas, a denominação da coligação não poderá coincidir, incluir ou fazer referência a nome ou número de candidato, nem conter pedido de voto para partido político.

A fim de publicidade para os eleitores, evitando uniões escusas, na propaganda, a coligação usará, obrigatoriamente, sob sua denominação, as legendas de todos os partidos que a integram. Ora, se os partidos são grupos (em tese) com os mesmos ideais filosóficos, sociais e doutrinários, as coligações devem ter esse objetivo como guia. Por isso, é necessária ampla publicidade dos partidos que integram a coligação, a fim do eleitor saber o projeto político defendido.

O partido político coligado passa a integrar aquela união política. Diante disso, tal partido somente possui legitimidade para atuar de forma isolada no processo eleitoral quando questionar a validade da própria coligação, durante o período compreendido entre a data da convenção e o termo final do prazo para a impugnação do registro de

candidatos. Essa regra objetiva evitar que, nas vésperas das eleições, haja rompimento das uniões, com comportamentos antidemocráticos dos integrantes, gerando confusões e burlas no processo eleitoral.

Não se pode esquecer do elemento humano (com suas falhas) em todo e qualquer procedimento existente. Diversos interesses poderiam impulsionar esses rompimentos em véspera de eleição, tanto de cunhos de realinhamento de projeto político, quanto financeiros – ambos são vedados e devem ser combatidos por violarem o regime democrático e o princípio republicano.

Diante disso e das burlas, houve a alteração somente permitindo as coligações para eleições majoritárias. As das eleições proporcionais estavam, na prática, funcionando como garantidoras de “cabides de cargos” pós eleição vencida, sem nenhum projeto político legítimo, sendo, assim, antidemocrático.

Roberto Barroso⁶⁷ bem definiu a necessidade da proibição de coligação para eleição proporcional:

(...) a vedação constitucional imposta pela EC 97/2017 foi motivada pela compreensão de que, no sistema proporcional, as coligações eleitorais possibilitavam uma transferência ilegítima de votos entre os partidos que as compunham que, muitas vezes, apresentavam inclinações ideológicas muito distintas. Tal mecanismo dificultava a compreensão, por parte do eleitor, sobre os candidatos e ideias em favor dos quais estava efetivamente votando.

Márcio Calvacante⁶⁸ também descreve a outra intenção da mudança: fortalecer os grandes partidos em detrimento dos pequenos:

67 ADI 7021/DF.

68 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. As federações partidárias, introduzidas no ordenamento pela Lei 14.208/2021, são constitucionais, no entanto, o prazo para a sua constituição deve ser o mesmo aplicável para a criação dos partidos políticos. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d98d76e2b5ba72023414d98e75403e79>>. Acesso em: 25/10/2023.

A intenção foi a de fortalecer os grandes partidos. Isso porque não sendo permitida a coligação em eleições proporcionais, dificilmente partidos muito pequenos irão conseguir atingir um quociente partidário que supere o quociente eleitoral. Significa dizer que, sozinhos, ou seja, sem coligações, partidos pequenos terão muita dificuldade de eleger Vereadores e Deputados.

Além da dificuldade de atingir o quociente eleitoral, os partidos pequenos terão poucos segundos no horário eleitoral, diminuindo sua visibilidade.

Admar Gonzaga⁶⁹ defende a necessidade de se restringir as coligações proporcionais:

A proliferação das greis não veio sem efeitos. Do aumento de gastos públicos com a manutenção das agremiações via repasses progressivamente maiores do Fundo Partidário à dificuldade de formação de maiorias parlamentares, passando pela incoerência da atuação de um mesmo partido no território nacional, vários são os sintomas que, na avaliação da doutrina especializada, indicam a debilidade da democracia nacional.

(...)

Ou seja, a análise do sucesso ou insucesso dos governantes, ou mesmo da efetividade da atuação daqueles que defendem interesses contrários, fica turva, tão fragmentada quanto o número de legendas existentes.

No mesmo sentido, Maria do Socorro⁷⁰ Braga leciona:

69 GONZAGA, Admar. Federações partidárias e o museu de grandes novidades (parte 1). 2022. <https://www.conjur.com.br/2022-mai-20/admar-gonzaga-federacao-partidaria-museu-grande-novidade>. Acesso em 25/10/2023.

70 BRAGA, Maria do Socorro. O processo partidário-eleitoral brasileiro: padrões de competição política (1982-2002). São Paulo, Editora Fapesp, 2006.

Uma legislação partidária extremamente permissiva quanto à organização e funcionamento dos partidos e um sistema eleitoral fraco, marcado por mecanismos como a permissão tanto para realizar coligação para os cargos proporcionais, quanto para a troca de legenda e o número exacerbado de candidatos concorrentes, estariam na raiz de uma estrutura institucional que incentiva a multipartidarização e a fragmentação excessiva.

Essas coalizões de diferentes ideologias partidárias impedem o eleitor de realizar a *electoral accountability*. O cidadão não consegue identificar quais partidos são efetivamente aliados do governo ou oposição, quais estão efetivando seus projetos políticos ou não. Em suma, torna a democracia uma grande farsa.

Em 2021, a Lei nº 14.208/2021 criou a federação partidária. Tal instituto jurídico possui semelhanças com as coligações. Diante desse quadro, muitos defenderam a inconstitucionalidade da federação partidária.

Primeiramente, antes de adentrar no mérito do decidido pelo STF, vale-se destacar as características das federações e o que há de semelhante e distinto das coligações.

Trata-se da reunião de dois ou mais partidos políticos. Após sua constituição e seu respectivo registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, atuará como se fosse uma única agremiação partidária.

Ficam asseguradas a preservação da identidade e a autonomia dos partidos integrantes, aplicando todas as normas do funcionamento parlamentar e da fidelidade partidária. Em caso de desfiliação sem justa causa, o eleito por federação perde o mandato.

A federação somente poderá ser integrada por partidos com registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral. Seu prazo mínimo é de quatro anos. Descumprindo este prazo, o partido não poderá ingressar em outra federação ou celebrar coligação nas duas eleições seguintes. Além disso, até completar o prazo mínimo remanescente, não poderá utilizar o fundo partidário.

A federação obrigatoriamente terá abrangência nacional, sendo registrado no Tribunal Superior Eleitoral.

Originalmente, a lei previu que a federação poderia ser constituída até a data final do período de realização das convenções partidárias. Contudo, houve declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar uma burla ao prazo máximo de criação de um partido, utilizando-se, posteriormente, a federação. O STF entendeu que esse prazo viola o princípio da isonomia.

Os partidos políticos se registram no TSE no prazo máximo de 6 (seis) meses antes do pleito. Do contrário, não podem participar das eleições. Esse mesmo entendimento tem que ser aplicado às federações.

Vejamos os dois dispositivos citados:

Lei nº 9.096/95

Art. 11-A (...)

§ 3º A criação de federação obedecerá às seguintes regras:

(...)

III - a federação poderá ser constituída até a data final do período de realização das convenções partidárias;

Lei nº 9.504/97

Art. 6º-A (...)

Parágrafo único. É vedada a formação de federação de partidos após o prazo de realização das convenções partidárias.

O STF decidiu que a possibilidade de a federação se constituir meses depois do prazo de criação dos partidos políticos é uma benesse inconstitucional. Viola o princípio republicano e a isonomia de distintos projetos políticos.

Assim, o Supremo conferiu interpretação conforme à Constituição ao *caput* do art. 11-A da Lei nº 9.096/95, definindo que as federações devem se constituir como pessoa jurídica e obtenham

o registro de seu estatuto perante o Tribunal Superior Eleitoral no mesmo prazo aplicável aos partidos políticos.

Detalhadas as características das federações, passa-se a destrinchar as semelhanças entre as coligações e as federações:

- Permitem a união de partidos políticos;
- Tratamento de partido único para de votos e de cálculo do quociente partidário;
- Constituídas até a data final do período de realização das convenções partidárias.

Admar Gonzaga⁷¹, com base nessas similitudes, defende a inconstitucionalidade da federação partidária por haver sido uma burla, a fim de permitir a manutenção dos partidos pequenos:

Em princípio, ainda que as federações não sejam idênticas às coligações — visto que aquelas devem prevalecer após as eleições, atuando como se única legenda fosse —, essa novel forma de associação partidária teve como mote de sua criação a sobrevivência a partidos menores, presumivelmente afetados pela aplicação progressiva da cláusula de desempenho. E nessa medida, entendemos que o arranjo efetivamente contraria o disposto na Emenda Constitucional 97/2017.

Todavia, várias são as diferenças entre ambos institutos, fundamentando os defensores da constitucionalidade da federação partidária.

As coligações tinham prazo curto, apenas para aquela eleição. Não exigiam unificação do projeto político dos partidos integrantes. Após a eleição, os partidos seguiam independentes.

71 GONZAGA, Admar. Federações partidárias e o museu de grandes novidades (parte 1). 2022. <https://www.conjur.com.br/2022-mai-20/admar-gonzaga-federacao-partidaria-museu-grande-novidade>. Acesso em 25/10/2023.

Já as federações possuem maior estabilidade (duração de pelo menos quatro anos). Exigem o alinhamento do projeto político, havendo estatuto e programa partidários. Não se encerram após uma eleição.

Com base nessas distinções, Isaac Kofi Medeiros ⁷² defende a constitucionalidade de tal instituto, citando, inclusive, exemplos semelhantes que deram certos em outros países (grifo meu):

Quem critica as federações tem um ponto. **Querendo ou não, elas vieram também para driblar os efeitos da cláusula de desempenho sobre partidos menores. No entanto, não há como negar que as federações tenderão a agrupar partidos ideologicamente próximos**, uma vez que a nova lei exige uma aliança política de quatro anos. Ninguém quer ficar tanto tempo dormindo com o inimigo. Sob esse ponto de vista, **as federações têm tudo para ser um teste entre legendas para a constituição futura de um novo partido político, por meio de fusão ou incorporação.** Além disso, o prazo mínimo de quatro anos para manutenção da federação poderá assegurar uma maior correspondência entre voto e representação, pois partidos federados eleitos para uma legislatura deverão permanecer unidos até o seu fim — **o que também desincentiva mudanças de lado casuísticas no cenário pós-eleitoral.**

Não se trata de nenhuma jabuticaba feita à mão, vale dizer. **A experiência internacional registra modelos interessantes de federações partidárias.** No Uruguai, a Frente Ampla de José Mujica governou o país por 15 anos, até 2020. Na Alemanha, Angela Merkel governa apoiada por uma espécie de federação composta pelos partidos CDU e CSU, embora a coalizão possivelmente saia de cena para dar lugar ao novo governo do

72 MEDEIROS, Isaac Kofi. O que são federações partidárias e como elas podem impactar as eleições. 2021. <https://www.conjur.com.br/2021-out-10/medeiros-federacoes-partidarias-impacto-eleicoes>. Acesso em 25/10/2023.

SPD. A chamada “Geringonça” portuguesa também constitui uma frente em termos parecidos. No Brasil, a formação de frentes federadas para 2022 já está em curso. Segundo informações da imprensa, PV, Cidadania e Rede dialogam de um lado; de outro, PCdoB conversa com PSB e PSOL. No campo da direita possivelmente veremos movimentações também. Falta menos de um ano para as eleições de 2022 e já sabemos que elas contarão com um elemento inédito na democracia brasileira.

No mesmo sentido, o STF considerou constitucional as federações partidárias, sendo um mecanismo legítimo de projeto político para vencer as eleições e guiar o Estado. Não há desvirtuamento do sistema representativo como nas coligações.

Cita-se o entendimento do Supremo (grifo meu):

A federação partidária, instituído trazido pela Lei nº 14.208/2021, não é uma tentativa de se recriar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, que foram proibidas pela EC 97/2017, que deu nova redação ao art. 17, § 1º, da CF/88.

A Lei nº 14.208/2021 criou **mecanismos para se impedir que as federações partidárias provocassem um desvirtuamento do sistema representativo.**

Logo, a figura da federação partidária é compatível com a Constituição Federal.

Vale ressaltar, contudo, que a previsão legal que permite que as federações partidárias possuam prazo superior ao dos partidos políticos para se constituírem viola o princípio da isonomia.

A fim de participarem das eleições, as federações partidárias devem estar constituídas como pessoa jurídica e obter o registro de seu estatuto perante o TSE no mesmo prazo aplicável aos partidos políticos.

Excepcionalmente, nas eleições de 2022, o prazo para constituição de federações partidárias fica estendido até 31 de maio do mesmo ano.

STF. Plenário. ADI 7021/DF MC-Ref, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 9/2/2022 (Info 1043).

Desta forma, a federação partidária é um avanço em prol de uma democracia mais efetiva e justa. Será um instrumento de melhora no processo eleitoral e, com o passar dos anos, unificará projetos políticos. Será a concretização de um presidencialismo de coalizão por ideias políticas e não somente por interesses em “cabides de cargos”.

No sistema presidencialista brasileiro, o Executivo atua pela vontade do seu chefe somada à força de suas coalizões partidárias, a fim de conseguir aprovar seus projetos.

Mesmo eleito pela vontade da maioria, o chefe do executivo não consegue realizar seus objetivos políticos sem o apoio da maioria do congresso. E é nesta ótica que se faz tão importante as divisões parlamentares por projetos políticos sólidos e ideológicos.

Assim, acertada a opção do legislador em exigir maior hígidez para eleger parlamentares. E também acertada a decisão do Supremo em entender como constitucional as federações partidárias. Este julgado permite um alinhamento sólido e em tempo razoável dos projetos políticos. Evita um corte apressado, que poderia piorar (ainda mais) a representatividade política do ponto de vista popular.

Ante o exposto, a união dos objetivos políticos através das coligações para eleições majoritárias e das federações partidárias são igualmente constitucionais e legítimas, sendo instrumentos de uma democracia mais justa, popular e efetiva.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. As federações partidárias, introduzidas no ordenamento pela Lei 14.208/2021, são constitucionais, no entanto, o prazo para a sua constituição deve ser o mesmo aplicável para a criação dos partidos políticos. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/d98d76e2b5ba72023414d98e75403e79>>. Acesso em: 25/10/2023.

BRAGA, Maria do Socorro. O processo partidário-eleitoral brasileiro: padrões de competição política (1982-2002). São Paulo, Editora Fapesp, 2006.

GONZAGA, Admar. Federações partidárias e o museu de grandes novidades (parte 1). 2022. <https://www.conjur.com.br/2022-mai-20/admar-gonzaga-federacao-partidaria-museu-grande-novidade>. Acesso em 25/10/2023.

MEDEIROS, Isaac Kofi. O que são federações partidárias e como elas podem impactar as eleições. 2021. <https://www.conjur.com.br/2021-out-10/medeiros-federacoes-partidarias-impacto-eleicoes>. Acesso em 25/10/2023.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura Agra. Elementos de Direito Eleitoral. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZILIO, Rodrigo López. Direito Eleitoral. São Paulo: Juspodium, 2023.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Compra de votos”, direito sancionador e ônus de prova. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A IGUALDADE DE GÊNERO POSITIVADA COMO FUNÇÃO INCENTIVADORA DE UMA SOCIEDADE JUSTA E O COMBATE JURISPRUDENCIAL DE SUA FRAUDE

*Wilkson Vasco Francisco Lima Barros*⁷³

RESUMO: Esse estudo analisa as políticas públicas de igualdade de gênero. Trata-se de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. É essencial o avanço desta igualdade, tanto na Constituição e na legislação infraconstitucional, quanto faticamente – o resultado obtido concretamente nas eleições brasileiras. Estuda os dispositivos legais que incentivam a participação feminina. O inventivo decorre pelo aspecto financeiro (percentual dos fundos) e pelo aspecto de cota de candidaturas de cada sexo. Destrincha os dois grandes empecilhos para alcançar uma sociedade igualitária em gêneros: o longo processo a ser percorrido e as fraudes. Demonstra as formas de superar as duas dificuldades e o papel dos três Poderes na transformação social. A forma legal de combater as fraudes. Somente analisando o contexto como um todo e aplicando os aprendizados, conseguiremos um futuro verdadeiramente melhor.

Palavras-chave: Igualdade de Gêneros; Princípio da Igualdade. Igualdade formal; Igualdade material; Igualdade como reconhecimento; Minorias; Fundo Partidário; Fundo Especial de Financiamento de Campanha; Cota de Gênero.

A sociedade global como um todo, nessa incluída a brasileira, vem avançando em efetivar a igualdade de gêneros. Já se foram os tempos de acreditar nas falsas e distorcidas teorias de submissão da

73 Delegado de Polícia Civil de Sergipe. Ex Delegado de Polícia Civil de Mato Grosso do Sul, ex Agente de Polícia Civil de Sergipe e ex Guarda Municipal de Aracaju. Pós-graduado em direito penal e direito constitucional pela Faculdade Damásio.

mulher ao homem. É como diz a máxima: lugar de mulher é onde ela quiser.

O STF, no julgamento da constitucionalidade das cotas em concursos públicos, já decidiu que a igualdade se divide em três: a formal, a material e a de reconhecimento.

A primeira significa em ausência de privilégios e preconceitos, com igualdade na lei (endereço ao legislador) e perante a lei (dirigido ao aplicador da lei).

A material é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nas medidas de suas desigualdades. Tal aspecto é brilhantemente defendido pelo mestre Rui Barbosa⁷⁴:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade...Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A igualdade como reconhecimento tem a perspectiva de eliminar as discriminações às minorias, respeitando suas diferenças e características. A sociedade é plural, não cabendo preconceitos de qualquer tipo. Inclusive, cabe ao Poder Judiciário, juntamente com os demais órgãos de *accountability* (a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública), atuar em sua função contramajoritária, ou seja, impedir discriminações às minorias mesmo que seja por vontade da maioria (diretamente ou por seus representantes eleitos – por leis ou outras formas).

Márcio Calvacante⁷⁵ explica brilhantemente a igualdade como reconhecimento:

74 BARBOSA, Rui. Obras completas de Rui Barbosa. Nota: Trecho de discurso no Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado de Oração aos Moços.

75 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Constitucionalidade do sistema de cotas raciais em concursos públicos. Buscador Dizer o Direito, Manaus.

A igualdade como reconhecimento significa o respeito que se deve ter para com as minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

A injustiça a ser combatida nesse caso tem natureza cultural ou simbólica. Ela decorre de modelos sociais de representação que, ao imporem determinados códigos de interpretação, recusariam os “outros” e produziriam a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo.

Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou orientação sexual, como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros.

O instrumento para se alcançar a igualdade como reconhecimento é a transformação cultural ou simbólica.

O objetivo é constituir um mundo aberto à diferença (“*a difference-friendly world*”).

A igualdade como reconhecimento encontra-se também prevista no art. 3º, IV, da CF/88, que determina que um dos objetivos fundamentais da República é o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Vale ressaltar que, em muitos casos, alguns grupos sofrem tanto uma desigualdade material como uma desigualdade quanto ao reconhecimento. As mulheres e os negros, por exemplo, sofrem injustiças cujas raízes se encontram tanto na estrutura econômica, quanto na estrutura cultural-valorativa, exigindo ambos os tipos de remédio.

Neste sentido, a ciência jurídica e as normas positivas se adequam a realidade social e incentivam a igualdade de gêneros. No

Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3202111cf90e7c816a472aaceb72b0df>>. Acesso em: 24/10/2023.

Brasil, percebemos grandes avanços positivados objetivando efetivar a igualdade em sua vertente de reconhecimento.

Uma das vertentes mais positivadas em busca da igualdade neste aspecto é a de gêneros.

O objetivo é aumentar a presença feminina na política brasileira. Ora, o Brasil é um país com maioria de mulheres na população, porém, é a minoria em assentos políticos. Esse contexto reforça a sociedade patriarcal brasileira. Além disso, assim como outras desproporções entre a realidade populacional e a representatividade política, resulta em uma situação que somente a visão de mundo masculina prepondera durante a formulação de leis e políticas públicas.

Pensando em alterar tal situação, o constituinte derivado definiu que ao menos cinco por cento do fundo partidário deve ser usado em incentivo à participação das mulheres:

CF

Art. 17

(...)

§ 7º Os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários.

Antes da introdução de tal dispositivo na Carta Magna, o legislador ordinário já havia previsto igual determinação:

Lei 9.096/95

Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, criados e executados pela Secretaria da Mulher ou, a critério da agremiação, por instituto com personalidade jurídica própria presidido pela

Secretária da Mulher, em nível nacional, conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total;

Também foi definido trinta por cento do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário para as campanhas eleitorais e para o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas:

CF

Art. 17

(...)

§ 8º O montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário destinada a campanhas eleitorais, bem como o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas, deverão ser de no mínimo 30% (trinta por cento), proporcional ao número de candidatas, e a distribuição deverá ser realizada conforme critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário.

Também foi uma constitucionalização de uma regra já prevista em legislação infraconstitucional:

Lei 9.504/97

Art. 10. Cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legislativas e as Câmaras Municipais no total de até 100% (cem por cento) do número de lugares a preencher mais 1 (um).

(...)

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo.

O legislador ordinário foi além e definiu a propaganda eleitoral gratuita tanto para a igualdade de gênero, quanto para a igualdade com os jovens e os negros - expandindo a política de igualdade para além do gênero:

Lei 9.096/95

Art. 50-B. O partido político com estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral poderá divulgar propaganda partidária gratuita mediante transmissão no rádio e na televisão, por meio exclusivo de inserções, para:

(...)

V - promover e difundir a participação política das mulheres, dos jovens e dos negros.

A lei das Eleições também trouxe (após reforma em 2022) a determinação que, do tempo total disponível para o partido político, no mínimo, 30% (trinta por cento) deverão ser destinados à promoção e à difusão da participação política das mulheres:

Lei 9.096/95

Art. 50-B. O partido político com estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral poderá divulgar propaganda partidária gratuita mediante transmissão no rádio e na televisão, por meio exclusivo de inserções, para:

(...)

§ 2º Do tempo total disponível para o partido político, no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser

destinados à promoção e à difusão da participação política das mulheres.

Desta forma, percebem-se vários dispositivos no sentido de promover a igualdade de gênero. Todavia, existem dois grandes empecilhos na transformação social efetiva: o longo processo a ser percorrido e as fraudes.

A mudança social sempre leva vários e difíceis anos. Uma lei ou norma constitucional pode incentivar a transformação social, porém, nunca mudará a realidade assim que publicada. Tal mudança exige a participação da sociedade, com sua conscientização e mudanças concretas – não somente nas ideias e em normas abstratas.

Como prova disso, temos que, apesar das várias mudanças legislativas, o percentual de mulheres eleitas continua muito baixo.

Débora do Carmo Vicente⁷⁶, Chefe da seção de programas institucionais da Escola Judiciária Eleitoral do Rio Grande do Sul, ao apresentar os dados de mulheres eleitas para a Câmara dos Deputados, descreve a evolução após tantos dispositivos incentivadores. Contudo, a melhora ainda é tímida:

“A inclusão de mais mulheres é uma questão não só de justiça, mas de interesse público. Na tecnologia e na política, a sub-representação feminina afeta negativamente o desenvolvimento e avanço da sociedade, que perde por não se valer de um aporte vital e significativo de contribuições”, disse Débora. Conforme aponta a palestrante, apesar das mulheres comporem a maioria do eleitorado brasileiro, e de uma legislação de cota de 30% para candidatas femininas, até 2018 as mulheres nunca haviam ultrapassado a

76 Palestrante destaca a importância da participação feminina na política e nas instituições. 2023. https://portal.camaranh.rs.gov.br/pm3/informacao_e_conhecimento/noticias/palestrante-destaca-a-importancia-da-participacao-feminina-na-politica-e-nas-instituicoes#:~:text=%E2%80%9CNos%20156%20pa%C3%ADses%20avaliados%2C%20as,paridade%20de%20g%C3%AAnero%20na%20pol%C3%ADtica. Acesso em 24/10/2023.

marca de 10% na Câmara dos Deputados. Naquele ano, a eleição de 77 parlamentares elevou a 15% a participação feminina. “Em 2022, a situação melhorou um pouco. Temos hoje 91 mulheres na bancada federal da Câmara, sendo seis deputadas gaúchas. Na Assembleia Legislativa, temos 11 deputadas estaduais. Ambos números representam cerca de 20%, aquém da cota de 30%, a qual deveria ser o mínimo aceito por nossa sociedade – o ideal seria 50%”, destacou.

Mesmo após esse avanço, o Brasil encontra-se na posição 130 (entre 193 países) em presença feminina nos parlamentos – demonstrando o quanto ainda precisa ser avançado.

Em outro giro, vários partidos ainda usam de fraudes para burlar a regra dos trinta por cento de candidatas mulheres (de cada sexo). Colocam mulheres para concorrer aos cargos, mas sem pretensão nenhuma de vitória ou fazer campanha. Após a eleição, as “mulheres laranjas” tem zero voto ou quase zero, não fazem campanhas ou outras condutas que demonstram o auto descrédito na sua campanha - circunstâncias que conduzem à conclusão de registro de candidaturas inviáveis, com o único propósito de atender formalmente a cota de gênero.

Vale ressaltar que, para breçar as fraudes, o Tribunal Superior Eleitoral entende pela legalidade da propositura de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) para investigar a fraude nas cotas de gêneros:

3. No caso, a moldura fática do acórdão Regional, delineada a partir de conteúdo probatório contundente (documentos, oitiva de testemunhas e o depoimento pessoal das requeridas), é incontroverso que: (i) 4 (quatro) das cinco candidatas não obtiveram nenhum voto (percentual que corresponde a 80% das candidaturas femininas registradas); (ii) não realizaram nenhum ato de campanha; (iii) apresentaram prestações de contas zeradas; (iv)

não tiveram os nomes mencionados nos atos de propaganda eleitoral dos candidatos da coligação e (v) há parentesco entre uma delas e candidato da Coligação. Diante do quadro retratado, está bastante claro que as candidatas foram cooptadas para compor a cota mínima legal.

(TSE - 0000001-90.2017.6.09.0046 - REspEl - Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 190 - GOUVELÂNDIA – GO - Acórdão de 16/12/2021 - Rel. Min. Alexandre de Moraes – Publicação: 04/02/2022).

Sendo comprovada a fraude, a consequência da procedência da AIJE é a desconstituição do registro e anulação dos votos atribuídos a todos os candidatos do partido, independente de prova da sua participação ou anuência no evento fraudulento. O registro de candidaturas “laranjas” contradizem às finalidades da política afirmativa (grifo meu):

8. Caracterizada a fraude e, por conseguinte, comprometida a disputa, **não se requer, para fim de perda de diploma de todos os candidatos beneficiários que compuseram as coligações, prova incontestada de sua participação ou anuência, aspecto subjetivo que se revela imprescindível apenas para impor a eles inelegibilidade para eleições futuras.** Precedentes.

9. Indeferir apenas as candidaturas fraudulentas e as menos votadas (feito o recálculo da cota), preservando-se as que obtiveram maior número de votos, **ensejaria inadmissível brecha para o registro de “laranjas”, com verdadeiro incentivo a se “correr o risco”, por inexistir efeito prático desfavorável.**

10. O registro das candidaturas fraudulentas possibilitou maior número de homens na disputa, cuja soma de votos, por sua vez, contabilizou-se para as respectivas alianças, culminando em quociente partidário favorável a elas (art. 107 do Código

Eleitoral), que puderam então registrar e eleger mais candidatas.

11. O círculo vicioso não se afasta com a glosa apenas parcial, pois a negativa dos registros após a data do pleito implica o aproveitamento dos votos em favor das legendas (art. 175, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral), evidenciando-se, mais uma vez, o inquestionável benefício auferido com a fraude.

12. **A adoção de critérios diversos ocasionaria casuismo incompatível com o regime democrático.** (TSE - RESPE - Recurso Especial Eleitoral nº 19392 - VALENÇA DO PIAUÍ - PI - Acórdão de 17/09/2019 - Relator(a) Min. Jorge Mussi).

Como se percebe do julgado, entendimento diverso seria antidemocrático. Seria convalidar uma fraude à uma política de igualdade tão cara e privilegiar o violador – no caso o partido e seus parlamentares eleitos e mantidos nos cargos favorecidos.

Sendo sólida tal jurisprudência, o TSE a materializou em dispositivo:

Resolução TSE 23.609/2019:

Art. 20. Os pedidos de registro serão compostos pelos seguintes formulários gerados pelo CANDEX:

(...)

§ 5º A conclusão, nas ações referidas no § 1º deste artigo, pela utilização de candidaturas femininas fictícias, acarretará a anulação de todo o DRAP e a cassação de diplomas ou mandatos de todas as candidatas e de todos os candidatos a ele vinculados, independentemente de prova de sua participação, ciência ou anuência, com a consequente retotalização dos resultados e, se a anulação atingir mais de 50% (cinquenta por cento) dos votos da eleição proporcional, a convocação de novas eleições. (Incluído pela Resolução nº 23.675/2021).

Ressalte-se que, se favorecida por fraude à cota de gênero, cassasse a candidatura mesmo sendo candidata do sexo feminino a eleita pelo partido fraudulento. São atingidos todos os registros ou diplomas vinculados à fraude, independente do sexo do candidato.

O Supremo Tribunal Federal referendou o entendimento do TSE, seguindo a mesma orientação:

É constitucional o entendimento jurisprudencial do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) segundo o qual é:

- i) cabível a utilização da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) para apuração de fraude à cota de gênero; e
- ii) imperativa a cassação do registro ou do diploma de todos os candidatos beneficiados por essa fraude.

STF. Plenário. ADI 6338/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 03/04/2023 (Info 1089).

Vale destacar um ponto essencial nessa política de cotas. Uma mulher ou um homem trans ou travestis são considerados na cota ou não a partir do seu gênero e não do seu sexo biológico original. A política é de igualdade de gênero e entendimento diverso seria burlar a vontade do legislador e a Dignidade da Pessoa Humana (grifo meu):

“[...] Cotas feminina e masculina. Contabilização. Percentuais. Art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97. Pedido de registro de candidatura. [...] 1. **A expressão ‘cada sexo’ mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina.** Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo art. 91, caput, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos

previstos na Res.-TSE nº 21.538/2003 e demais normas de regência. [...]” (Ac. de 1.3.2018 na Cta 060405458, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto.)

Outro destaque é que o partido e os eleitos somente serão prejudicados pelo descumprimento da cota se houver possibilidade de cumprir o mandamento constitucional e legal. Do contrário, seria criar uma responsabilização objetiva, sem a intenção de fraudar (grifo meu):

“Representação. Eleição proporcional. Percentuais legais por sexo. Alegação. Descumprimento posterior. Renúncia de candidatas do sexo feminino. 1. **Os percentuais de gênero previstos no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 devem ser observados tanto no momento do registro da candidatura, quanto em eventual preenchimento de vagas remanescentes ou na substituição de candidatos,** conforme previsto no § 6º do art. 20 da Res.-TSE nº 23.373. 2. **Se, no momento da formalização das renúncias por candidatas, já tinha sido ultrapassado o prazo para substituição das candidaturas, previsto no art. 13, § 3º, da Lei nº 9.504/97, não pode o partido ser penalizado, considerando, em especial, que não havia possibilidade jurídica de serem apresentadas substitutas, de modo a readequar os percentuais legais de gênero [...]**” (Ac. de 23.5.2013 no REspe nº 21498, rel. Min. Henrique Neves da Silva.)

Ante o exposto, fica nítido a intenção do constituinte derivado e do legislador infraconstitucional em promover e incentivar a igualdade de gêneros.

Em outro giro, há clareza no papel constitucional e legal do Poder Judiciário em defender às referidas normas e cumprir, inclusive, seu

papel iluminista de empurrar a sociedade para frente. Nas palavras do mestre Barroso⁷⁷ (grifo meu):

IV. O PAPEL ILUMINISTA

Por fim, **em situações excepcionais, com grande autocontenção e parcimônia, cortes constitucionais devem desempenhar um papel iluminista.** Vale dizer: devem **promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história.** São decisões que não são propriamente contramajoritárias, por não envolverem a invalidação de uma lei específica; nem tampouco são representativas, por não expressarem necessariamente o sentimento da maioria da população.

Ainda assim, **são necessárias para a proteção de direitos fundamentais e para a superação de discriminações e preconceitos.** Situa-se nessa categoria a decisão da Suprema Corte americana em *Brown v. Board of Education*, deslegitimando a discriminação racial nas escolas públicas, e a da Corte Constitucional da África do Sul proibindo a pena de morte. **No Brasil, foi este o caso do julgado do Supremo Tribunal Federal que equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis convencionais, abrindo caminho para o casamento de pessoas do mesmo sexo.**

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal começou a julgar um caso envolvendo o direito de transexuais serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero. O que inclui nome social, pronome de tratamento e uso de banheiros de acesso público, para citar algumas das questões relevantes. **Quem pode proteger os direitos de uma minoria assim estigmatizada se não a Suprema Corte?** Neste

77 BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas.* <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 24/10/23.

caso, de que sou relator, também houve um pedido de vista e o julgamento está suspenso.

Assim, esse estudo buscou demonstrar a importância do trabalho conjunto dos Poderes Legislativo (normatizando as políticas de igualdade), Executivo (realizando-as) e Judiciário (protegendo-as juntamente com os demais órgãos fiscalizadores, como o *Parquet* e a Defensoria Pública) para termos uma sociedade efetivamente justa e igualitária.

A partir do conhecimento dos avanços (ainda que pequenos) e dos empecilhos das políticas de igualdade de gênero, pode-se evoluir (jurídica e faticamente) ainda mais, inclusive em outras vertentes da igualdade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: os papéis das Cortes Constitucionais nas democracias contemporâneas*. <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 24/10/23.

Palestrante destaca a importância da participação feminina na política e nas instituições. 2023. https://portal.camaranh.rs.gov.br/pm3/informacao_e_conhecimento/noticias/palestrante-destaca-a-importancia-da-participacao-feminina-na-politica-e-nas-instituicoes#:~:text=%E2%80%9CNos%20156%20pa%C3%ADses%20avaliados%2C%20as,paridade%20de%20g%C3%AAnero%20na%20pol%C3%ADtica. Acesso em 24/10/2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Constitucionalidade do sistema de cotas raciais em concursos públicos*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3202111cf90e7c816a472aaceb72b0df>>. Acesso em: 24/10/2023.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Nota: Trecho de discurso no Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado de Oração aos Moços.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva e AGRA, Walber de Moura Agra. *Elementos de Direito Eleitoral*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZILIO, Rodrigo López. *Direito Eleitoral*. São Paulo: Juspodium, 2023.

CUNHA, Amanda Guimarães da. BASTOS JR, Luiz Magno Pinto. *Fraudes à cota de gênero na perspectiva do direito eleitoral sancionador*. Resenha Eleitoral. Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, v. 24.

